

La Conversion au Christianisme de l'Indigène Musulman Algérien et ses Effets Juridiques

(Un cas de conflit colonial)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 novembre 1931, à 14 heures

PAR

André BONNICHON

Licencié ès Lettres

Elève breveté de l'Ecole Nationale des Langues Orientales

Président : M. ROLLAND, Professeur

Suffragants }

MM. LE FUR,
NIBOYET.

} *Professeurs*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1931

**LA CONVERSION AU CHRISTIANISME
DE L'INDIGÈNE MUSULMAN ALGÉRIEN
ET SES EFFETS JURIDIQUES**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

La Conversion au Christianisme de l'Indigène Musulman Algérien et ses Effets Juridiques

(Un cas de conflit colonial)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 novembre 1931, à 14 heures

PAR

André BONNICHON

Licencié ès Lettres

Elève breveté de l'Ecole Nationale des Langues Orientales

Président : M. ROLLAND, Professeur

<i>Suffragants</i> {	MM. LE FUR, NIBOYET,	} <i>Professeurs</i>
----------------------	-------------------------	----------------------

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1931

*26565



A MES PARENTS

BIBLIOGRAPHIE

- ARMINJON. — *Le Droit International Privé interne principalement dans les pays musulmans*. Clunet, 1912.
- *Nature, objet et portée des règles de Droit International privé*, Rev. de Droit Int. privé, 1919, p. 403 — 1920, p. 1.
- *Le domaine du Droit International privé*. Clunet, 1922, p. 905.
- *Précis de Droit International privé*, 2^e édit., Paris, 1927, 2 vol.
- AUDINET. — *Solution des conflits d'Alsace-Lorraine*. Clunet, 1921, p. 807.
- BAR (L. von). — *Traité théorique et pratique de Droit International privé*, trad. Hatt, Paris, 1914.
- BARTIN. — *Etudes de Droit International privé*, Paris, 1899.
- *Principes de Droit International privé*, Paris, 1930 (1 vol. paru).
- BESSON. — *La législation civile de l'Algérie*, Paris, 1894.
- BOISSARIE. — *De la notion de l'ordre public*, Thèse, Paris, 1881.
- CLAVEL. — *Droit Musulman : Du statut personnel et des successions*, Paris, 1895.
- COMMISSION D'ETUDES sur la situation de la femme kabyle. Travaux publiés dans la « Revue des Etudes Islamiques », 1927 I.
- DARMON. — *La situation des cultes en Tunisie*, II^e édit., Paris, 1930.
- DUNOYER. — *Etude sur le conflit de lois spécial à l'Algérie*, Thèse, Paris, 1888.
- ELIESCO. — *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Thèse, Paris, 1925.
- ESTOUBLON et LEFEBURE. — *Code de l'Algérie annoté*, 1896 et suppléments annuels.
- GAUDEFROY-DEMOMBYNES. — *Institutions musulmanes*, Paris, 1921.
- GÉNY. — *Méthodes d'interprétation et sources en Droit Privé positif*. Paris, 1899.
- *Science et technique en Droit Privé positif*, 1922-1924, 4 vol.
- GIDEL. — *Des effets de l'annexion sur les concessions*, Thèse, Paris, 1904.
- GIRAULT. — *Principes de colonisation et de législation coloniale*, IV, Troisième partie : L'Afrique du Nord, I. l'Algérie, Paris, 1927.
- GODIN. — *De l'application du droit musulman en Algérie*, Thèse, Bordeaux, 1900.
- GOICHON. — *La vie féminine au M'zab*, Paris, 1927.
- HACOUN-CAMPREDON. — *Etude sur l'évolution des coutumes kabyles spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la pratique du hobous*, Thèse, Alger, 1921.
- HANOTEAU et LETOURNEUX. — *La Kabylie et les coutumes kabyles*, 2^e édit., Paris, 1893, 3 vol.
- LARCHER. — *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie*, Clunet, 1908, pp. 375 et 989— Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence, 1910.
- LARCHER et RECTENWALD. — *Traité élémentaire de législation algérienne*, 3^e édit., Paris, 1923, 3 vol.
- LE FUR. — *Une définition synthétique de l'idée de droit*. Revue de synthèse, novembre 1930.

- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Observations sur la question du renvoi*, Clunet, 1924, r. 877.
- LUCIANI. — *Traité des successions musulmanes*, Paris, 1890.
- MARY. — *Influence de la conversion religieuse sur la condition des personnes en Algérie*, Thèse, Paris, 1910.
- MASSONIÉ. — *Les tribunaux répressifs indigènes en Algérie*, Alger, 1904.
- MAUNIER. — *Etudes de sociologie nord-africaine*, Paris, 1930.
- MERIGNHAC. — *Traité de législation et d'économie coloniales*, Paris, 1925.
- MILLIOT. — *Etude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, Thèse, Paris, 1910.
- MORAND. — *Etudes de droit musulman algérien*, Alger, 1910.
- *Avant-projet de Code présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien*, Alger, 1916.
- *Introduction à l'étude du Droit musulman*, Alger, 1921.
- *Cours de Droit musulman*, Alger, 1924.
- NIBOYET. — *Manuel de Droit International privé*, Paris, 1928.
- *Quelques considérations sur la justice internationale et le Droit International privé*, dans « Mélanges Pillet », I, p. 161.
- NORÈS. — *Essai de codification du Droit musulman algérien (statut personnel)*, Alger, 1909.
- PERRON. — *Traduction du précis de jurisprudence musulmane de Sidi Khalil*, Paris, 1854, 6 vol.
- RIPERT. — *Droit naturel et positivisme juridique*, « Annales de la Faculté d'Aix », 1918, n° 1.
- SAUTAYRA ET CHERBONNEAU. — *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, Paris, 1873, 2 vol.
- SOLUS. — *Le régime de Droit civil en vigueur aux Indes*, Bulletin de la Société de législation comparée, 1924, p. 442.
- *Traité de la condition des Indigènes en Droit privé*, Paris, 1927.
- *Répertoire de Droit International, sv. Colonies*.
- THOMAS. — *La loi sur les pensions militaires dans son application aux musulmans indigènes non naturalisés*, Alger, 1921 et *Revue algérienne*, mai-juin, 1921.
- TILLOY. — *Répertoire alphabétique de jurisprudence de doctrine et de législation algérienne et tunisienne*, 8 vol. et Appendices.
- ZEYS. — *Traité élémentaire de Droit musulman, école malékite*, Alger, 1885-1886, 2 vol.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- La Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, (abréviation : R.A.).
- Journal de la Jurisprudence de la Cour d'Alger et de la législation algérienne*, publié par M. ROBE (abréviation : Robe)
- La Jurisprudence algérienne*, de 1830 à 1876, (abrév. J.A.)
- Bulletin judiciaire de l'Algérie*, 1877 à 1884 (abr. B.J.A.).
- CLUNET. — *Journal de Droit International privé*.

INTRODUCTION

Le sujet de cette étude n'est pas entièrement nouveau. Déjà en 1908 dans un article publié au *Journal de Clunet*, M. Larcher professeur à la Faculté de Droit d'Alger et auteur d'un *Traité de Législation algérienne*, signalait le problème juridique posé par le changement de religion en Algérie. Il examinait successivement les effets de la conversion d'un européen à l'islamisme, d'un musulman au catholicisme ou au judaïsme, d'un juif au catholicisme. Deux ans plus tard, en 1910 son article paraissait dans la *Revue Algérienne et Tunisienne de Législation et de Jurisprudence*. En 1910 aussi M. Mary publiait à Paris une thèse de doctorat intitulée : *Influence de la conversion religieuse sur la condition des personnes en Algérie*, où il étudiait une à une toutes les hypothèses déjà distinguées par M. Larcher.

Après vingt ans, la question nous a paru intéressante à reprendre. Le problème étudié d'abord par M. Larcher et signalé par lui comme surtout théorique, a pris un intérêt plus pratique avec l'extension des conversions au christianisme. Nous avons donc restreint cette étude au cas de la conversion d'un musulman au christianisme, les autres hypothèses n'offrant que peu d'intérêt. Une modeste enquête personnelle dans les chrétientés de Kabylie a pu nous faire connaître des cas concrets

qui n'ont pas donné lieu à décision judiciaire mais n'en sont pas moins intéressants.

Par contre la question nous a paru dépasser les limites de la simple discussion textuelle des décrets concernant l'Algérie, où s'étaient enfermés nos prédécesseurs. Il y avait là, avons-nous pensé, un bon exemple de ces conflits coloniaux de lois et de juridictions, assez voisins des conflits de Droit International Privé et peu étudiés jusqu'ici. En 1922 M. Niboyet écrivait : « Ce conflit colonial extrêmement curieux et intéressant fournirait une mine d'études inédites ¹ », et M. Solus en 1924 à propos de l'ordre public colonial : « Il y aurait beaucoup à écrire sur ce point ; ces questions ont été très peu étudiées en France, et il y a là un magnifique et vaste champ ouvert aux investigations et aux recherches ² ».

De cette mine et de ce champ, nous n'avons prétendu fouiller qu'un très petit coin, en abordant une question aussi particulière que l'influence de la conversion religieuse sur la loi qui régit l'indigène. Mais pourtant la solution de ce simple cas nous a amené à analyser ce conflit d'un caractère à part qu'est le conflit colonial, et aussi l'ordre public très spécial qui y est parfois invoqué.

Ce travail reste purement juridique. Sans doute on eût pu traiter à un tout autre point de vue cette évolution par le christianisme d'une petite fraction de la cité indigène. La transformation des usages quotidiens, jusque là tout pénétrés d'autres convictions religieuses, la nouvelle organisation de la famille et du ménage,

1. Niboyet, *Conflit entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace Lorraine en Droit International privé*, Paris, 1922.

2. Solus, *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1924 - *Le régime de droit privé en vigueur aux Indes*, p. 441.

de la propriété commune et de la maison, du village même, le sort nouveau fait à la femme et que des vues simplistes pourraient, après l'avoir imaginé trop abaissé dans la société musulmane, imaginer trop facilement et rapidement relevé par le christianisme, tout cela eût pu fournir matière à étude. Ce point de vue sociologique qui a inspiré des travaux aussi intéressants que ceux de M. Maunier sur la Kabylie, n'a pas été le nôtre. M. Maunier pour désigner le contact des races en pays de colonisation emploie volontiers le mot anglais de *clash*, mot intraduisible sinon peut-être par notre mot accrochage, signifiant à la fois contact étroit et conflit. Nous nous sommes cantonnés dans l'examen du *clash* juridique, si l'on peut oser ce mot.

Rien dans cette étude ne rappellera le sentier kabyle qui dévale le ravin sous les oliviers, où l'on rencontre la théorie des femmes aux robes rouges, remontant de la fontaine, portant l'amphore sur la tête, ou le bidon de pétrole, ou le couffin de terre ; rien qui fasse songer aux gros villages épars sur tous les sommets, dominés par la grande barre du Djurdjura ; rien de la maison soigneusement close et éclairée par la porte, où vivent hommes et bêtes, entre le dressoir aux poteries, le creux qui sert d'armoire à laine et les grands *akoufis* remplis de grain ; rien de cette nouveauté si grande : des kabyles des deux sexes réunis dans une église et priant en leur langue le Dieu des chrétiens. Mais plutôt cette atmosphère des prétoires algériens où un juge français appliquant la loi indigène, rend la justice ; cependant qu'assis à terre les plaideurs attendent qu'on appelle leur affaire, graves dans leur burnous crasseux. Image frappante de ces deux lois, française et indigène, qui se côtoient et se limitent

et par cette juxtaposition même offrent matière aux plus intéressantes études de droit colonial.

Dans un premier chapitre nous examinerons les éléments du problème posé par la conversion des indigènes au christianisme et les conflits qui naissent de cette conversion quand elle n'a pas été suivie de la naturalisation. Un second chapitre sera consacré à l'étude et à la critique des solutions diverses qui ont été proposées pour résoudre ce cas. Le chapitre III tentera de placer la question sur son véritable terrain : le droit international privé interne, et de chercher quelle décision doit s'imposer, soit en invoquant un principe général de solution des conflits, soit en analysant le cas en question comme un conflit de renvoi ou un conflit de qualifications. Dans le chapitre IV nous proposerons la solution qui seule nous paraît adéquate : le recours à l'ordre public colonial préparant une réglementation législative. Enfin une conclusion très brève tentera de montrer comment l'on peut rattacher l'étude de l'ordre public colonial à certaines questions de technique juridique et de fondement du droit.

Nous serions heureux d'avoir contribué, si peu que ce soit, à l'étude de notre colonisation juridique française, non moins intéressante sans doute que la colonisation économique ou sociologique. Le contact de deux races pendant cent ans, le lent rapprochement des civilisations en présence, l'évolution religieuse de quelques individus, tout cela qui se traduit dans des monuments, des usages, des modes, des costumes, se marque aussi dans des textes de lois et dans une jurisprudence abondante. Nous voudrions pour notre part avoir aidé à le faire connaître.

Il nous reste à remercier Monsieur le Professeur Rolland qui a bien voulu accepter de présider à l'exécution de cette thèse. Nous remercions aussi M. Morand, Doyen de la Faculté de Droit d'Alger, dont les conseils nous ont été d'un très grand secours ; et enfin tous nos amis d'Algérie pour l'aide qu'ils ont bien voulu nous donner.

CHAPITRE PREMIER

La situation actuelle du musulman converti — Naturalisation. — Droits politiques et droits civils. — L'option. — La conversion et la dévolution des successions indigènes. — Le converti et le droit pénal spécial indigène. — Les métis.

Sur le territoire métropolitain il n'existe entre nationaux français aucune différence juridique. Les droits politiques et les droits civils sont les mêmes pour tous, si l'on excepte les différentes catégories de personnes que la loi dans leur propre intérêt frappe d'incapacité. Les mêmes règles pénales s'imposent à tous, et tous sont jugés par les mêmes tribunaux. Il n'y a là qu'une application de l'art. 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme.

Il n'en va pas de même en Algérie. Les Français s'y divisent en deux catégories : les citoyens et les simples sujets. La première catégorie comprend les Français d'origine ou naturalisés, les indigènes musulmans admis à la jouissance des droits de citoyen et qu'on appelle couramment, bien que de manière impropre, indigènes naturalisés, et les indigènes israélites que le décret Crémieux de 1870 a fait en bloc citoyens français.

La seconde catégorie se compose de tous les indigènes non naturalisés, c'est à dire de la grande masse des individus originaire du Maghreb. Les décrets et la jurisprudence distinguent parmi eux les indigènes musulmans

et les indigènes israélites. Aux premiers le senatus-consulte du 14 juillet 1865 a conservé leur loi civile ; et successivement les décrets du 8 janvier 1870¹ pour la région hors Tell, du 29 août 1874² pour la Kabylie, du 17 avril 1889³ pour le territoire civil moins la Kabylie, sont venus préciser les points sur lesquels le droit musulman restait en vigueur. Quant aux indigènes israélites, non naturalisés, ce sont les habitants des territoires annexés après 1870. Le décret Crémieux leur permettait-il de réclamer la qualité de citoyens français, c'est ce qui a fait l'objet de longues discussions. L'administration algérienne et la jurisprudence considèrent que ces israélites ne sont pas citoyens et continuent à être régis par la loi mosaïque comme leurs coreligionnaires du reste de l'Algérie avant 1870⁴.

Aucune autre catégorie n'est prévue par les textes, et le législateur n'a pas, semble-t-il, soupçonné qu'il pût exister des indigènes qui ne fussent ni musulmans ni israélites, mais convertis au christianisme ou fils de convertis et n'ayant pas demandé ou pas obtenu la naturalisation. Le cas existe pourtant. Le prosélytisme catholique a fait quelques recrues parmi les indigènes, malgré l'attachement bien connu du musulman pour sa religion, malgré sa haine et son mépris du *roumi*.

La question doit donc se poser de savoir quelle loi est celle de ces convertis, quels sont leurs droits politiques, leur statut personnel, les mesures répressives qui leur sont applicables et de quelles juridictions il

1. Estoublon et Lefébure, *Code de l'Algérie annoté*, p. 363.

2. *ibid.* p. 437.

3. *ibid.* p. 859.

4. Sur la controverse et les arguments mis en avant cf. Larcher, *Traité de Législation algérienne*, t. II, p. 386 et seq.

faut les dire justiciables. Le problème était déjà, nous l'avons dit, posé de façon théorique surtout, par M.M. Larcher et Mary. Disons tout de suite que d'après eux le converti par sa conversion échappe à la loi indigène pour ce qui concerne les droits civils. Quant au droit pénal spécial aux musulmans, M.Mary voudrait qu'il continuât à être appliqué au *m'tourni*⁵; M. Larcher distingue d'après la lettre des différents décrets, et la présence ou l'absence du mot musulman. Mais avant d'examiner les modes de solution possibles, il importe de montrer moins théoriquement qu'ils ne l'ont fait, quelle est la situation précise de ces convertis et comment en fait s'aménage leur situation.

En 1908 et 1910, on ne pouvait citer parmi les convertis que les «Enfants du Cardinal», orphelins arabes recueillis par le Cardinal Lavignerie, au cours de la famine de 1865-1868, élevés par lui dans la foi chrétienne, mariés ensemble quelques années plus tard, et installés dans la vallée du Chéliff, dans les deux villages de St-Cyprien et de Ste-Monique. On y ajoutait quelques Kabyles de la tribu des Ouadhia baptisés par les Pères Blancs. Déjà à cette époque, parmi les chrétiens de la vallée du Chéliff, la plupart avaient obtenu l'admission aux droits de citoyen; rien ne les distinguait juridiquement des autres citoyens français. Actuellement, nous tenons ce renseignement des Pères Blancs faisant fonction de curés dans ces villages, tous ces chrétiens sont naturalisés. Les derniers convertis de Ste-Monique ont obtenu leur naturalisation à la veille de la guerre de 1914.

Mais, depuis 1910, les chrétiens des Ouadhia ne sont

5. Ce mot désigne le converti au christianisme, le musulman apostat et quelquefois aussi le naturalisé. C'est une arabisation du mot français tourner.

plus les seuls chrétiens Kabyles. Les postes de missionnaires sont au nombre de neuf dans la Kabylie du Djurdjura, et presque tous sont entourés d'un petit noyau de convertis. La majorité de ces néophytes est naturalisée, mais nombreux sont encore les « Indigènes musulmans » catholiques. Il faut y ajouter quelques convertis isolés dans les villes et dans les territoires du Sud.

Voici, telle que nous avons pu la dresser d'après les renseignements recueillis des missionnaires, la statistique des convertis de Kabylie avec la proportion des naturalisés.

Oued-Aïssi : 24 chrétiens dont 17 naturalisés
 Taguemount-Azouz : aucun chrétien
 Djema-Saharidj : 26 chrétiens dont 17 naturalisés
 Aït-Larba : 2 chrétiens dont 1 naturalisé
 Ouaghzen : 186 chrétiens dont 127 naturalisés
 Bou-Noh : 151 chrétiens dont 127 naturalisés
 Ighil-Ali : 103 chrétiens dont 99 naturalisés
 Les Ouadhia : 118 chrétiens dont 95 naturalisés
 Kerrata : 3 chrétiens naturalisés.

Le nombre exact des chrétiens est plus considérable que ces chiffres ne le feraient croire. En effet les Kabyles émigrent beaucoup, incapables qu'ils sont de vivre dans leur pays pauvre et surpeuplé ; les chrétiens ne font pas exception : nous avons rencontré des Kabyles chrétiens qui sont instituteurs au Maroc, et à Paris c'est une centaine environ de Kabyles catholiques qu'il faut compter⁶.

* * *

On peut objecter, à voir le nombre considérable des naturalisés, que rien n'oblige les convertis à rester dans

6. En 1931, une délégation de 16 d'entre eux a été reçue par Mgr. Chaptal, évêque des étrangers. (*Sem. relig.* de Paris, 7 févr. 1931).

cette situation incertaine d'indigène chrétien. En effet deux considérations retiennent d'ordinaire les indigènes de demander la naturalisation : la nécessité d'abandonner le statut personnel musulman, et le mépris qui s'attache souvent au *m'tourni* c'est à dire à celui qui a accepté la loi des envahisseurs. Or les chrétiens par leur conversion sont déjà des *m'tournis*, le fossé est déjà creusé entre eux et leurs anciens coreligionnaires. Quant au statut personnel musulman, leur foi nouvelle leur fait à elle seule un devoir de renoncer à presque toutes les institutions qui en sont les traits distinctifs. Il semble donc que tous devraient être naturalisés et que le problème par nous posé n'a qu'un intérêt théorique.

Il n'en est rien. Sans doute la naturalisation est ouverte aux indigènes et même sous une double forme : la naturalisation dans les formes prévues par le senatus-consulte de 1865, c'est à dire par un décret rendu en conseil d'Etat⁷, et la naturalisation judiciaire œuvre de la loi du 4 février 1919.

Mais la première voie d'accession à la qualité de citoyen est entourée de formalités longues et dispendieuses et la seconde, où le législateur a visé à simplifier la procédure, n'est pas non plus sans rebuter parfois nos sujets algériens. En effet il est fréquent que le candidat ne puisse fournir les pièces nécessaires : incurie personnelle, ou plus souvent incurie des secrétaires de douars ou *khodjas* qui ne passent pas pour être très exacts. Il faut suppléer au défaut d'acte de naissance par un

7. Sur la procédure et les raisons d'appliquer le senatus-consulte plutôt qu'un certain décret du Gouvernement Provisoire, du 24 octobre 1870, cf. Larcher, *Traité*, t. II, p. 573.

acte de notoriété, c'est à dire rassembler six témoins et leur payer le déplacement et la journée de travail. Humbles détails qu'on s'excuse presque de rapporter, que le législateur ne prévoit guère, mais qui comptent pour le modeste cultivateur kabyle.

En outre la naturalisation de 1919 n'est pas ouverte aux femmes⁸, elle n'est permise que dans le territoire civil⁹. Les hommes doivent avoir vingt-cinq ans pour en invoquer le bénéfice et vingt-et-un pour se réclamer du senatus-consulte de 1865. Or le converti est souvent un jeune homme, qui vers dix-huit ans se marie ; avant donc d'avoir pu se faire naturaliser, si son père est encore musulman ou est mort, le cas existe, en instance de naturalisation.

Enfin nul n'ignore le peu d'empressement mis par l'administration et la justice algérienne à accueillir les demandes de naturalisation¹⁰. On nous a cité le cas d'une justice de paix importante de Kabylie où 72 dossiers de naturalisation avaient dormi pendant deux, trois et quatre ans.

Toutes ces raisons font que, à l'égard d'un assez grand nombre d'indigènes, on peut douter, devant le silence des textes, de la loi qui est applicable. Faut-il admettre qu'ils ont par leur conversion acquis les droits de citoyen français ? Sont-ils électeurs et éligibles pour les mêmes fonctions et aux mêmes conditions que leurs anciens coreligionnaires ? Au point de vue des droits civils, demeurent-ils soumis au statut musulman et aux coutumes kabyles dans la mesure où les décrets les ont

8. Cass. Req. 19 juillet 1923, *Rev. alg.*, 1922-1923, 2, 157.

9. Larcher, *Traité*, II, p. 610.

10. Larcher, *Traité*, p. 599 - Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. IV, Troisième partie : I. l'Algérie.

conservés ? Sont-ils soumis au régime pénal spécial aux indigènes ? Pouvaient-ils comparaître devant les tribunaux répressifs indigènes, avant la suppression de ces juridictions par le décret du 2 mai 1930 ?, devant le cadi ou le juge de paix statuant au musulman ? Notre seconde partie sera consacrée à exposer et critiquer les solutions doctrinales qu'on a tenté de donner à ces différents problèmes ; nous essayons seulement ici d'exposer la pratique algérienne en cette matière.

* * *

En 1910 les indigènes chrétiens non naturalisés de la vallée du Chélif continuaient à être inscrits sur les listes électorales indigènes : ils pouvaient donc élire ou être élus comme les autres indigènes. La même pratique est maintenant observée en Kabylie. Avant 1918 et l'unification des impôts en Algérie, tous les convertis continuèrent à payer les impôts arabes¹¹. Aujourd'hui en Kabylie le converti ne se trouve placé dans une situation embarrassante qu'à propos de certaines contributions ou prestations réclamées par le village. Quand il s'agit d'une contribution nécessaire à la réfection de la place publique où se tient la *djemaa*, le chrétien n'a pas de difficulté à y concourir ; mais ces contributions sont parfois demandées pour la réparation de la mosquée du village par exemple. On nous a signalé le cas d'un chrétien non naturalisé du village d'Ouaghzen des Beni-Menguellet, qui taxé en 1927 pour la mosquée par les anciens du village, demanda immédiatement sa naturalisation pour y échapper.

11. Larcher, dans *Clunet*, 1908, d'après M. Billiard sous-préfet à Orléansville. M. Larcher approuve cette pratique dans son article de 1908. Il l'avait critiquée en 1904, *Rev. Alg.*, 1904-2-197 : note sous Cons. d'Etat, 29 juillet 1901. Les Juifs avaient d'ailleurs toujours payé ces impôts.

De même jusqu'au décret du 3 février 1912 les convertis non naturalisés n'étaient pas astreints au service militaire. Depuis ils n'y sont assujettis que dans la même mesure que les autres indigènes, c'est à dire après tirage au sort.

Mais les véritables difficultés se produisent à propos de l'application des lois qui régissent le statut personnel. Quoiqu'ait pu penser la doctrine, en la personne de MM. Larcher et Mary, les convertis non naturalisés sont en général traités comme des indigènes musulmans. En 1908, à St-Cyprien et Ste-Monique, les mariages étaient seulement déclarés au secrétariat de la mairie, comme les mariages musulmans dans les trois jours après leur célébration¹². Si l'on considère que les convertis doivent être soumis au statut français, cette pratique est illégale et expose le prêtre qui a béni l'union à des poursuites en vertu de l'art. 199 et de l'art. 200 du Code Pénal.

L'article de M. Larcher s'élève contre cette pratique. Elle est pourtant d'usage courant en Kabylie. Le jeune chrétien se marie à dix-huit ans et n'obtient une naturalisation, s'il la demande et souvent avec longs retards, qu'après vingt et un ans, s'il invoque le *senatus-consulte* de 1865, ou vingt-cinq ans s'il prend la voie de la loi de 1919.

S'il meurt avant cette naturalisation, sa veuve tombe sous la tutelle de parents musulmans qui peuvent la forcer à se remarier. Il en est de même de ses enfants qui devront eux aussi attendre vingt ou vingt-cinq ans pour pouvoir devenir citoyens.

Nous en avons rencontré quelques cas. R. R..., chrétienne, est veuve de R. K..., mort en instance de natu-

12. Larcher, dans *Clunet*, 1908, d'après M. Billiard.

ralisation (le dossier s'était égaré...) Elle est sous la tutelle du plus proche parent de son mari M. Ben A... Celui-ci n'a pas osé la contraindre à habiter avec lui, mais il l'aurait pu. Elle habite au village chrétien de Bou-Noh, dans la tribu des Beni-Ismaïl¹³.

A Bou-Noh aussi M..., enfant chrétien fils de la vieille C..., veuve non naturalisée, se trouve à la discrétion de ses oncles musulmans. Car d'après le décret du 1^{er} août 1902 sur la tutelle des mineurs kabyles, la mère n'est pas tutrice¹⁴.

H. B..., (14 ans) dans le même douar, se trouve sous la tutelle de musulmans frères de son père qui peuvent la marier à leur gré. Là aussi A.K.... (15 ans) et ses deux sœurs, fils et filles de veuve chrétienne, sont obligés d'attendre vingt et un ou vingt cinq ans pour se faire naturaliser.

En outre le cas du jeune homme converti avant sa majorité, alors que ses parents demeurent musulmans, n'est pas chimérique. En juillet 1930 un jeune ouvrier arabe de 18 ans était baptisé à Alger, ses parents restant très attachés à l'islamisme. A Ouaghzen des Beni-Menguellet, le vieil O.M..., kabyle bigame (ce qui est assez rare)

13. Raphaël Kaddour mourut à l'hôpital de Mustapha, en 1928. Sa veuve demanda un enterrement catholique ; on lui objecta que le défunt était musulman puisque non naturalisé. Sur présentation des pièces de la mission, la mairie donna enfin le permis d'inhumer au rite catholique. Mais sur la tombe surmontée d'une croix on écrivit le nom musulman du défunt : Kaddour Mohammed. Cette croix sur laquelle est gravée le nom du Prophète, n'est-ce pas un symbole de l'incohérence législative algérienne à l'endroit des convertis, et de la difficulté qu'ont ceux-ci à trouver un statut précis.

A propos des noms de baptême, on peut signaler que jusqu'à une date récente, l'Etat-Civil refusait aux enfants des convertis l'inscription sous un nom chrétien comme Pierre ou Paul. Ils étaient « musulmans » et partant devaient s'appeler Ahmed, Amar, Mohammed etc....

14. Estoublon, 1902-1903, p. 103, Norès, *Essai de codification*, p. 413.

a eu six garçons qui se sont fait chrétiens En 1930 deux seulement étaient naturalisés, le dernier J.. a quatorze ans.

Le converti enfant de musulman demeure en fait soumis à la contrainte matrimoniale. A Ouaghzen des Beni-Menguellet, C. D..., chrétienne devenue veuve retombe sous la puissance d'un père musulman qui la remarie à un musulman. Dans la même tribu en 1904 J.S.A... converti non naturalisé est marié contre son gré. Pendant l'absence de l'enfant qui était pensionnaire chez les Pères Blancs, son père un marabout conclut le mariage et amène la fille à la maison. A Ouaghzen encore une certaine M.J..., est mariée à A. C..., d'Ighil Ali contre son gré.

Bien souvent, il est vrai, les effets déplorables qui devraient résulter de cette situation anormale d'un catholique soumis au statut musulman sont atténués dans la pratique par les arrangements amiables que peut obtenir l'influence morale du missionnaire. Ces effets n'en restent pas moins criants. Il est surtout utile d'y insister pour montrer que malgré les conclusions théoriques doctrinales que nous analyserons plus loin, le fait demeure : un aménagement très insuffisant de la situation juridique du converti.

Cette situation fausse permet même parfois à de mauvais chrétiens non naturalisés, très rares heureusement, de manquer à leurs devoirs de famille, de se rendre coupables d'actes que le Code français, s'il est applicable aux convertis, qualifie de délits et même de crimes. Par exemple un chrétien, C. S..I... de Beni Menguellet, abandonne sa femme et part pour la France sans avoir jamais plus donné de ses nouvelles. Un autre, B. S... de Beni

Yahia, abandonne sa femme et ses enfants. Peut-on les poursuivre pour abandon de famille?¹⁵ Il y a pire : un certain P.A.S... sans répudier sa première femme épousée devant le prêtre, et par simple déclaration à la mairie selon la loi musulmane, en prend une autre. (Beni Menguellet 1912). Est-il bigame? Si l'on admet avec M. Larcher, que, converti, sa loi civile est la loi française, il n'est pas bigame mais au contraire ses deux mariages sont inexistantes : le prêtre n'aurait pas dû bénir le premier, ni la mairie accepter la déclaration des deux. Le comble c'est de voir un O. A. L. à Beni Menguellet en 1926, marié religieusement avec une première femme, en prendre une seconde et se faire naturaliser avec celle-là.

A propos de tous ces mariages de non naturalisés, on se trouve donc enfermé dans un dilemme : ou bien le converti doit être soumis à la loi française et son mariage en dehors des formes françaises est radicalement nul ; ou bien il demeure soumis à la loi musulmane, malgré tous les inconvénients qui peuvent en résulter.

Si l'on admet que ce mariage fut nul la naturalisation postérieure ne pourrait couvrir cette nullité et soumettre à la loi française une union qui eût été inexistante. Ou bien si l'on admet que le mariage est valide, qualifiera-t-on cette union de mariage musulman, alors que c'est le prêtre et non le cadi qui y a présidé, la déclaration dans les trois jours ne constituant pas l'union elle-même ?

Il faut ajouter que si le droit français n'est pas appliqué, le droit musulman ne l'est pas davantage. D'après

15. Un décret du 11 octobre 1924 a rendu applicable en Algérie, la loi du 7 février 1924, sur l'abandon de famille.

celui-ci en effet, l'apostasie de l'un des époux entraîne de plein droit dissolution du mariage¹⁶. Or il n'est pas rare qu'un mari se convertisse sans que sa femme suive, immédiatement au moins, son exemple. En outre une musulmane ne devrait pas pouvoir épouser un non croyant, cas assez fréquent aussi¹⁷. On voit à quelle incohérence pratique aboutit la lacune textuelle qui est à l'origine du problème.

Telle est la situation parmi les chrétientés kabyles. Dans les territoires du Sud où les convertis sont en nombre infime la question s'est aussi posée à propos des enfants métis recueillis à l'orphelinat d'El Golea par les Pères Blancs et élevés dans la religion catholique. En 1928 deux de ces enfants âgés de 18 et 19 ans et non naturalisés, voulaient contracter mariage selon la loi française. La Direction des Territoires du Sud consultée répondit que non seulement l'option de législation leur était ouverte comme à tous les indigènes musulmans, aux termes du décret du 13 décembre 1866 et de celui du 8 janvier 1870 réglant la justice dans la région située hors du Tell et de la Kabylie, mais encore que ces indigènes étant christianisés échappaient à la loi musulmane par le seul fait de leur conversion. La pratique est donc différente.

16. Norès, *Essai de codification*, 1909, note 351, p. 242.

Clavel, *Droit musulman du statut personnel et des successions*, I, p. 227-350.

17. Un jugement du tribunal de Guelma s'appuie pourtant sur cette disposition de Droit musulman « attendu qu'une femme kabyle ne peut épouser un non-musulman, qu'un tel mariage serait radicalement nul, qu'il convient donc d'examiner si Mouloud au moment de son mariage avec Meghdouda avait perdu la qualité de musulman par suite d'apostasie ». (Suppl. au *Journal des tribunaux algériens*, 28 juillet 1907, Trib. de Guelma, 23 fév. 1907).

Il existe une institution qui semblerait pouvoir lever toute difficulté : c'est l'option de législation. Un indigène, nous y avons déjà fait allusion, a toujours le droit d'accomplir un acte juridique en déclarant entendre le faire régir par la loi française¹⁸. Cette option peut même, en territoire civil moins la Kabylie, être tacite et résulter du seul fait que l'acte est librement passé devant un officier français.

Un converti non naturalisé a donc toujours ainsi la possibilité de faire de son mariage un mariage français. Mais cette possibilité, si elle offre une sorte d'échappatoire, n'empêche pas le problème de demeurer entier, au cas, très fréquent, où l'option n'a pas été pratiquée. Elle est en effet assez rare en Kabylie, à cause de l'éloignement du centre de la commune (3 heures de marche parfois), ou à cause de l'usage kabyle de ne pas montrer sa femme en public.

Souvent d'ailleurs l'option semble inconnue des autorités françaises. En 1930 un sous-officier musulman converti mais non naturalisé demande à se marier sous le régime de la loi française, et à la mairie d'Alger on lui répond que la chose est impossible : comme notre homme est pressé, il va se marier devant le cadi. En 1930 dans une paroisse du département d'Alger un musulman non naturalisé vivant en concubinage et ayant des enfants se convertit. Il demande à se marier en plaçant son mariage sous l'empire de la loi française. Le maire hésite et les deux conjoints attendent d'être naturalisés pour se marier à la mairie.

18. Larcher, *Traité*, II, p. 469, et seq.—Norès, *Rev. Alg.*, 1904, I, 49

Enfin il faut ajouter que même si l'option était généralement pratiquée elle n'apporterait aucune solution dans les hypothèses où le converti se trouve par sa conversion frappé d'indignité successorale.



En effet, d'après la loi musulmane, l'apostat n'hérite pas¹⁹, et la femme peut être déchue de tous ses droits sur la dot quand elle apostasie²⁰. La jurisprudence a plusieurs fois appliqué cette disposition. Deux cas sont cités tout au long par M.Larcher : deux israélites sœurs d'un converti à l'Islam se sont vu refuser la succession de leur frère²¹; et le fils naturel d'une musulmane, élevé lui-même dans le catholicisme, a été écarté de la succession de sa mère²².

Parfois aussi, le cas s'est présenté à Ighil-Ali (département de Constantine), un musulman déshérite son fils ou son petit fils au cas où celui-ci aurait abandonné la religion du Prophète. Plus facilement, il peut se servir à cette fin de l'expédient du habous. C'est, on le sait, un acte juridique qui frappe un bien d'inaliénabilité, tout en laissant la jouissance à une ou plusieurs personnes désignées, pour que finalement la propriété parvienne à une personne morale religieuse. Le habous sert surtout en réalité à modifier la dévolution successorale, soit

19. Luciani, *Traité des successions musulmanes*, p. 128. Cela est si vrai qu'il existe une règle pour le cas où l'on peut douter si la femme non musulmane d'un musulman s'est convertie avant la mort de son mari ou après seulement. Une règle aussi pour le cas où un fils chrétien et un fils musulman prétendent que leur père pratiquait la même religion qu'eux (Luciani, *ibidem*)

20. Milliot, *Essai sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, p. 115.

21. Cour d'appel d'Alger, 11 déc. 1854— Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, T. II, n° 609.

22. Cassat. 22 mai 1905— *Rev. Alg.*, 1907- 2-180 et note de M. Morand.

pour déshériter les femmes, soit au contraire, en Kabylie surtout, pour pallier la dureté des *kanouns* qui refusent à celles-ci toute part à la succession des hommes. C'est ainsi par exemple que le 6 septembre 1914 par un acte devant le cadî-notaire d'Azazga, un kabyle ancien cavalier d'administration de Fort-National habousa la majeure partie de ses biens pour deshériter son fils chrétien naturalisé, Martial Abella Tahar. Martial attaqua l'acte mais fut condamné par le tribunal de Tizi-Ouzou le 16 mai 1922.

Enfin la situation du converti, au point de vue du droit pénal spécial aux indigènes, n'est pas moins ambiguë. M. Larcher veut la faire dépendre de la présence ou de l'absence du mot musulman dans le texte des décrets. Nous dirons plus loin ce qu'il nous semble de ce critérium fondé sur des différences de terme purement fortuites. En Kabylie on ne considère pas les convertis non naturalisés comme affranchis du code spécial de l'indigénat, et ils s'exposent aux mêmes peines que les autres indigènes, pour port d'armes par exemple. Dans les territoires du Sud où le nombre des convertis est d'ailleurs infime, on voit au contraire dans leur christianisation un acte qui à lui seul empêche de les soumettre aux pénalités spéciales aux indigènes musulmans.

De plus partout, au civil comme au pénal, le converti est considéré comme justiciable des justices musulmanes: tribunaux répressifs indigènes jusqu'à leur suppression en 1930 (la Cour d'Alger, dans un arrêt du 15 novembre 1903 a jugé en ce sens²³), tribunal du cadî, là où il existe, et juge de paix statuant au musulman.

23. *Rev. Alg.* 1904-2-25.

Un seul mot résumerait cette situation, celui d'incohérence. Incertitude d'une solution, pratiques très variables et de légalité douteuse, mais pourtant aménagement point trop onéreux pour les convertis, vu leur petit nombre, le respect dont jouissent les missionnaires, même parmi les musulmans, nous l'avons constaté, et une certaine bienveillance de la part de l'Administration.

Il faut ajouter quelle a été la réglementation d'un cas tout à fait à part, celui des enfants métis d'El Goléa.

Nous avons dit que le nombre des convertis était infime dans les territoires du Sud. Il y a pourtant un noyau de métis chrétiens à El Goléa, issu de l'orphelinat agricole des Pères Blancs. Jusqu'en 1921, époque où cette fondation fut possible grâce au concours financier du Gouvernement général, les enfants nés de femmes indigènes et non reconnus par leur père, faisaient partie de la société musulmane et étaient considérés comme indigènes. En 1921 ces enfants, souvent misérables, furent recueillis par l'orphelinat et élevés en chrétiens. En 1926 M. Viollette, gouverneur général de l'Algérie, décidait lors de son voyage au Sahara, par une circulaire en date du 2 avril et signée à El Goléa même, que ces enfants seraient inscrits à l'état-civil français comme nés de parents inconnus et à ce titre, bien que n'étant pas nouveaux nés, bénéficieraient de l'article 58 du Code civil, et seraient admis à jouir des droits de citoyens français. Cette solution ingénieuse, trop ingénieuse peut-être²⁴,

24. Appartient-il au Gouverneur Général par une circulaire de donner une telle extension à l'article 58 du Code civil ? Peut-être en peut-on douter. Les autres dispositions de la circulaire étaient aussi fort hardies, puisqu'elles contenaient la désignation d'un conseil de tutelle, alors que cette matière est réglée par le Code, et décidaient que les enfants à l'époque de leur service militaire seraient incorporés dans les compagnies sahariennes dont le recrutement est déjà réglé par un décret.

montre combien la situation du converti non naturalisé est étrange, indécise, quel avantage il y aurait à la rendre plus nette²⁵; c'est ce qu'ont essayé de faire les quelques travaux doctrinaux que nous avons cités, au moyen d'arguments qu'il nous faut examiner et critiquer.

25. Le même problème se pose en Tunisie. cf. Raoul Darmon : *La situation des cultes en Tunisie* : « Jusqu'à ce jour les autorités locales n'ont pu intervenir que d'une manière empirique et il est certain qu'une lacune législative est à combler » (p. 38).

CHAPITRE II

Conversion et naturalisation. — Le critère religieux. — Le sens du terme, « indigène musulman ». — L'option générale et tacite. — La conversion, renonciation à une faveur. — Coutume nouvelle. — Appliquer la loi musulmane c'est la violer.

Au problème tel que nous l'avons posé, plusieurs solutions théoriques ont été successivement apportées. Les arguments présentés sont fort divers et se réfèrent à toutes les institutions complexes de la législation algérienne. Nous les examinerons tour à tour.

Ecartons d'abord une solution qui n'aurait qu'un intérêt historique. On sait que dans les établissements français de l'Ancien Régime le baptême conférait la qualité de sujet du roi et équivalait à une naturalisation. M. Solus¹ cite l'article 38 de l'édit de Vincennes (août 1664) : « Nous voulons que ceux qui naîtront desdits païens convertis à la foi catholique, apostolique et romaine soient censés et réputés regnicoles et naturalisés français, et comme tels capables de toutes successions, dons et legs et autres dispositions sans être obligés d'obtenir aucune lettre de naturalité ». L'indigène en embrassant la religion catholique acquérait donc la qualité de français², avec

1. Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, p. 155.

2. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, I, p. 184.

tous les privilèges qui y sont attachés ; il n'y avait d'exception que pour les esclaves nègres.

Mais on ne saurait actuellement attribuer à la conversion des effets aussi étendus. Le senatus-consulte de 1865 a déclaré sujets français tous les indigènes sans distinction. Faudrait-il admettre que le baptême leur confère les droits de citoyens et équivaut à une naturalisation au sens ordinaire de ce mot en législation algérienne ? M. Tilloy envisageant cette solution la repousse en disant que « la naturalisation ne s'acquiert que par des modes déterminés au nombre desquels ne figure pas l'abjuration³. »

La réponse est définitive et il n'y a pas à s'y appesantir. Mais M. Tilloy croit pouvoir conclure de là que l'abjuration est sans effet au regard du droit civil et ne modifie en rien le statut personnel. C'est, pensons-nous, méconnaître la complexité de la question. De ce que la qualité de citoyen et les droits politiques qui en sont inséparables doivent être refusés au musulman converti et non naturalisé, il ne s'ensuit pas nécessairement que la conversion soit sans effet sur la loi civile qui régit cet indigène.

En d'autres termes, on peut se demander si, sans acquérir les droits de citoyen français, le converti ne se trouverait pas par sa conversion soumis au statut personnel français, au lieu et place de son ancien statut personnel musulman, et affranchi des dispositions pénales spéciales aux indigènes musulmans.

A cette question on peut répondre par une fin de non recevoir absolue, s'appuyant sur ce fait que le critérium invoqué est purement religieux.

3. Tilloy, *Répertoire alphabétique de jurisprudence de doctrine et de législation algérienne et tunisienne*, au mot Abjuration.

Norès, *Essai de codification du Droit musulman algérien*, note 33.

On peut répondre en invoquant la lettre des textes et en arguant du mot, indigène musulman : ceci amène à affranchir le converti du statut personnel musulman et de certaines dispositions pénales.

On peut assimiler la conversion à une option tacite en faveur de la loi française : ce qui a pour résultat de soumettre le converti au statut personnel français mais de le laisser astreint au code spécial indigène.

On peut répondre en analysant la conservation de la loi civile indigène comme une faveur faite aux musulmans et que le converti n'aurait plus de raison d'invoquer, et l'établissement de pénalités spéciales comme une mesure de défense française s'imposant à tous nos sujets algériens non naturalisés.

On peut répondre en invoquant la naissance d'une coutume chrétienne. Ou bien invoquant la loi musulmane elle-même, qui repousse le *m'tourni*, arguer de ce renvoi pour soumettre celui-ci à la loi française, ce qui nous amène à poser le problème sur le plan du Droit International privé interne.

Nous examinerons successivement ces différents principes de solution.

*
* * *

Le caractère d'acte purement religieux qui est sans aucun doute celui de la conversion, autorise-t-il à dénier à celle-ci tout effet juridique? Telle était, nous l'avons marqué, l'opinion de M. Tilloy. On peut répondre que certains actes purement religieux, le mariage par un prêtre fût-ce au lit de mort par exemple, sont pourtant pris en considération par la loi française. De plus, à supposer qu'entre Français l'unité de tradition et de civilisation permette pratique-

ment au législateur d'ignorer les différences confessionnelles, il en va différemment en Algérie où se côtoient deux races de cultures si différentes. Rien d'étonnant donc « si le législateur français se pique d'être laïc, que pareille coquetterie ne soit pas permise au législateur algérien⁴ ».

Et même, il est curieux de le constater, c'est parce que le législateur s'interdit toute ingérence dans le domaine religieux qu'il se trouve obligé d'en tenir compte aussi notablement. « Une seule chose, disait M. Delangle dans son rapport au Sénat avant la discussion du *Senatus-consulte* du 14 juillet 1865, restera et doit rester en dehors de l'application des lois, c'est la question religieuse. La religion affaire de croyance et non de volonté a son asile dans le cœur et la loi ne saurait sans tyrannie se rendre juge des rapports impénétrables de l'homme avec Dieu⁵ ». C'est donc parce que la France s'interdit toute préoccupation religieuse qu'elle sanctionne la loi religieuse de l'Islam.

Dans d'autres colonies d'ailleurs un effet civil est reconnu à l'acte purement religieux de la conversion.. Dans les établissements français des Indes la conversion du musulman à l'hindouisme et de l'hindou à l'islamisme emporte changement de statut⁶.

Aussi a-t-on parfois été jusqu'à attribuer un effet au changement de religion même, dans le cas inverse de celui qui nous occupe. Clavel dans son *Traité du statut personnel et des successions en Droit musulman*, pense qu'un changement de statut doit suivre la conversion d'un Européen à l'Islam. Cette opinion nous semble manifestement er-

4. Larcher, *Clunet*, 1908, p. 1001. Nous conservons l'orthographe du mot « laïc » employé par l'auteur, bien que « laïque » paraisse plus correct.

5. Estoublon, p. 105.

6. Solus, *Le régime de droit civil en vigueur aux Indes*, — *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1924, p. 424.

ronée. Pour un français en effet dont le statut personnel est indépendant de la religion, la conversion à l'Islamisme demeure un acte qui ne concerne que sa conscience et aucune disposition législative ne l'autorise à réclamer le bénéfice du senatus-consulte de 1865. Le Tribunal d'Alger a d'ailleurs statué deux fois en ce sens, en déclarant nul le mariage qu'un converti à l'Islam avait contracté devant le *cadi*⁷.

Par contre la Cour d'Alger dans une espèce analogue n'avait pas craint de faire produire à la conversion un effet sur la nationalité elle-même, en déclarant qu'une espagnole convertie à l'islamisme était devenue de ce fait indigène musulmane, « attendu qu'il ne faut pas perdre de vue que les principes de cette religion ont une portée plus grande dans ses effets que les autres religions, qu'ainsi, s'il est vrai qu'on peut indifféremment adopter telle ou telle religion comme par exemple la religion catholique ou protestante sans que le droit civil ou la nationalité puisse en être modifiés, il n'en est pas de même quand on embrasse l'islamisme, cette religion ayant par elle même et par ses conséquences une influence directe sur la personne et les droits qu'elle peut revendiquer⁸ ».

Il est manifestement insoutenable que par un acte comme la conversion une étrangère puisse devenir indigène musulmane algérienne sujette française. Mais si l'on a pu attribuer un effet à l'acte religieux d'une personne dont le statut n'était lié à aucune religion, a fortiori pourra-t-on peut-être en attribuer un à la conversion d'un musul-

7. Trib. d'Alger, 4 janv. 1879, *B. J. A.*, 1879, 29- 4 mai 1896, *R. A.*, 1897, 2, 204, *Clunet*, 1899, p. 118. Ces jugements sont cités tout au long par M. Lar-cher, p. 379 et par M. Mary, p. 55.

8. Cour d'appel d'Alger, 14 avril 1874, *Sautayra et Cherbonneau*, II p. 126.

man, si l'on peut prouver que d'après les textes son statut juridique et sa foi religieuse sont indissolublement liés. Ce n'est pas parce que la conversion est un acte religieux qu'on peut lui refuser toute influence⁹. Telle est la conclusion, toute négative d'ailleurs, à laquelle il fallait arriver, avant d'en venir à l'examen même de la lettre des textes et du sens qu'il convient d'attribuer au terme « indigène musulman ».

* * *

En effet pour qui comprend quel intérêt moral il y a à faire échapper le converti à la loi coranique ou aux coutumes kabyles, en même temps qu'à la juridiction répressive de ses anciens coreligionnaires, l'argument le plus simple qui se présente au premier abord à l'esprit et peut paraître décisif est le suivant : Les décrets visent les indigènes musulmans, or par définition le converti n'est plus musulman, il n'est donc plus soumis à la loi musulmane ni aux juridictions musulmanes. « Il y a contradiction à dire qu'un catholique est régi par la loi musulmane¹⁰ ». Telle est l'argumentation de M. Larcher dans son article de 1908. Et il la résume encore ainsi dans son *Traité de Législation algérienne* : « La Cour d'Alger, dit-il, dans un arrêt du 15 novembre 1903, n'a pas craint de décider qu'un indigène devenu chrétien est encore justiciable du tribunal repres-

9. On a pu citer comme exemple d'influence du changement de religion le décret du 24 avril 1880 régissant l'état-civil dans les établissements français des Indes, qui porte que pour les chrétiens, étant donné que les prescriptions de leur loi religieuse peuvent aisément s'accorder avec celles de la loi civile, leur situation est la même que celle des Européens au regard des dispositions contenues dans le Code civil et concernant l'état-civil. Ce décret impose aux époux chrétiens l'obligation de se marier devant l'officier de l'état civil avant de faire célébrer le mariage religieux (Solus, *Bull. de la soc. de législ. comp.*, 1924, p. 443).

10. Larcher, *Clunet*, p. 392.

sif indigène¹¹. C'est en faire en somme un « musulman catholique » ce qui est bien le comble de l'absurdité¹².

L'argument ne nous apparaît pas aussi probant, si l'on tente de pénétrer au delà de son apparente simplicité.

Il faut noter d'abord que M. Larcher hésite à lui faire produire toutes les conséquences qu'il entraîne logiquement. M. Larcher admet, comme nous l'avons dit plus haut, que le converti n'acquiert pas les droits propres aux citoyens, pas plus qu'il n'est astreint au service militaire, à faire partie du jury etc... Il devrait admettre que les textes qui organisent la représentation des indigènes dans les assemblées locales et qui parlent toujours d' « indigènes musulmans » ne sont pas non plus applicables aux indigènes convertis. Mais il recule devant cette conséquence qui aboutirait à priver le nouveau chrétien de tous droits politiques, de ceux des français comme de ceux des musulmans. « Il est raisonnable, dit-il, de penser que les textes n'ont statué que *de eo quod plerumque fit* et de maintenir aux indigènes catholiques les droits qu'ils avaient quand ils étaient musulmans »¹³ et « Nous estimons qu'il y aurait erreur à s'attacher à la lettre des textes pour en conclure que l'indigène converti n'a plus aucun des droits que nous venons de voir accorder à l'indigène musulman¹⁴ ». Si nous entendons bien sa pensée, un texte qui statue pour des musulmans, peut donc aussi s'appliquer aux chrétiens. N'est-ce pas là ruiner son propre argument ?

En outre cet attachement littéral au mot musulman entendu dans un sens purement confessionnel, conduit en

11. *Traité de législation algérienne*, II, p. 315, note.

12. Même formule dans G. Massoné, *Les tribunaux répressifs indigènes Algérie*, p. 44.

13. *Lég. alg.*, II, p. 567.

14. *Clunet*, 1908, p. 388.

matière répressive aux solutions les plus étranges. Selon M. Larcher — et ici il reste parfaitement fidèle à son principe — un texte demeurera applicable au converti, s'il vise les « indigènes », et cessera de le concerner, s'il vise les « indigènes musulmans ». De là une longue exégèse qui en 1908 aboutissait à soumettre le converti au code de l'indigénat dans les communes de plein exercice, et à l'en affranchir dans les communes mixtes ¹⁵. Après la loi du 15 juillet 1914, le converti aurait été de nouveau partout soumis à l'indigénat. De telle sorte que cette loi eût eu ce résultat imprévu d'empêcher un chrétien de posséder le fusil qu'il aurait eu le droit d'acheter quelques jours auparavant.

N'y a-t-il pas là un abus évident de littéralisme et une interprétation beaucoup trop étroite du mot musulman ? M. Larcher lui-même paraît le reconnaître quand il qualifie d'« énorme » le résultat qu'il croit pouvoir attribuer à la conversion d'un indigène musulman au judaïsme : « D'indigène musulman, dit-il, il deviendrait indigène israélite et à ce titre ne pourrait-il se prétendre citoyen français ? L'énormité du résultat ne suffit peut-être pas à écarter la solution commandée par le texte ¹⁶ ».

Toute la question, à notre avis, revient à savoir s'il faut attribuer au mot musulman un sens purement confessionnel, auquel cas il ne peut s'appliquer au converti, ou un sens ethnique plus général, et alors le « musulman catholique », si étrange que cela puisse paraître au premier abord, n'est pas « le comble de l'absurdité ».

15. cf. Décret du 29 août 1874 art. 17 ; et Loi du 24 déc. 1904. art. 10 analysés à ce point de vue dans Larcher, *Clunet*, 1908, p. 989-996.

16. *Lég. alg.* II, p. 569. note. M. Larcher avoue qu'il contredit ainsi son étude de 1910 (*R. A.*, 1910. 1. 31) où il avait péremptoirement démontré, avec les arguments que nous avons repris plus haut, qu'un acte comme la conversion ne pouvait donner accès aux droits de citoyen. Mais le respect des mots trop étroitement interprétés a fini par lui sembler plus fort que les meilleures raisons.

C'est à la seconde hypothèse que s'est ralliée la Cour d'Alger en 1903 dans l'arrêt si vigoureusement annoté par M. Larcher : « ... le terme indigène musulman n'a pas un sens purement confessionnel, il désigne un ensemble d'individus d'origine musulmane, qui n'ayant pu être admis au droit de cité ont nécessairement conservé leur statut personnel musulman, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils appartiennent ou non au culte musulman¹⁷ ».

Il faut remarquer d'abord que les lois et décrets, réglant l'établissement des Français, peuple conquérant, au milieu des populations conquises d'Algérie, font de l'élément indigène une communauté juridique définie non par son habitat, mais par l'origine des individus qui la composent. C'est dire qu'ils ne peuvent déterminer le rattachement de l'indigène à cette communauté par aucune circonstance tirée de la considération du territoire. Il n'est pas étonnant dès lors que pour établir une distinction juridique, ils recourent à un trait aussi caractéristique que la religion. Mais cette religion, nos lois semblent surtout l'envisager comme un élément commode de description de la communauté indigène, plutôt que comme un critérium rigoureux ; si bien que, ce trait venant à manquer dans un individu, on n'en serait pas moins autorisé à voir en lui un ressortissant de cette communauté juridique.

Les lois et décrets emploient indifféremment ces deux termes « indigènes » et « indigènes musulmans ». Plutôt que d'en tirer cette conclusion que telle loi s'appliquera aux convertis et aux mahométans, et telle autre aux maho-

17. Alger, 5 nov. 1903. *R. A.*, 1904. 2. 25.

métans seulement, ne faudrait-il pas inférer que ces termes n'ont pas dans l'esprit du législateur un sens purement confessionnel ?¹⁸.

L'Administration semble avoir adopté cette conception quand elle a voulu faire des sociétés indigènes de prévoyance, des personnes morales indigènes et musulmanes et comme telles justiciables de la juridiction musulmane¹⁹. On lui a objecté que puisqu'une personne morale ne peut avoir de religion, elle ne peut être musulmane. On peut rétorquer que si une personne morale est musulmane c'est que le terme « musulman » a dans la législation algérienne une acception plus large que l'acception purement religieuse.

Enfin la jurisprudence emploie couramment le mot « musulman » comme synonyme d'indigène, en l'opposant à « citoyen français²⁰ » de même qu'elle a tendance à étendre

18. On peut objecter que la formule proposée par la loi du 15 juillet 1914 « les indigènes musulmans qui ne jouissent pas des droits de citoyen français et les étrangers musulmans » a été interprétée dans un sens confessionnel, puisqu'à la commission du Sénat, M. Henry Bérenger a fait remarquer qu'il était contraire aux principes de notre droit public de faire état des croyances religieuses du justiciable pour le soumettre à une législation spéciale. Et de fait le texte adopté a été « indigènes des possessions françaises d'Afrique qui ne sont pas citoyens français ainsi qu'aux indigènes non naturalisés originaires de la Tunisie et du Maroc ». (cf. Larcher. *Traité* II, p. 495). Mais tous les autres textes témoignent de la confusion des termes. De même au Maroc le dahir du 7 sept. 1913 déclare à l'art. 4 « le règlement des contestations relatives au statut personnel et aux successions de sujets de notre empire musulmans ou israélites est expressément réservé etc... » La division en deux catégories : français ou européens résidant au Maroc d'une part, et marocains musulmans ou israélites d'autre part, paraît au rédacteur du texte épuiser tous les cas possibles (cf. *Clunet*, 1913, Le Dahir du 7 sept. 1913, p. 1478).

19. Arr. gouv. gén. 7 déc. 1894, Estoublon p. 1002 - Circ. gouv. gén. 29 janv. 1895, Estoublon p. 1024 - Circ. gouv. gén. 14 déc. 1914, *R. A.*, 1915. 3, 22 - cf. Larcher, *Traité* II, p. 361 et I, p. 569. Un jugement s'est prononcé en faveur de la thèse administrative : Bougie 23 avril 1909, *R. A.*, 1909. 2. 404 ; un autre contre cette thèse : Mostaganem 31 oct. 1914, *R. A.*, 1915. 2. 42.

20. Par exemple : Cour d'app. d'Alger 1924, dans *R. A.*, 1925. 2. 117 : « attendu que le senatus consulte de 1865 dispose que c'est sur sa demande que l'indigène musulman peut être appelé à la jouissance des droits de citoyen français et que par suite la dame Saoula est bien restée musulmane ». Noter qu'il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel par ailleurs très exact et très clair.

l'acception du mot indigène pour englober dans cette catégorie les musulmans étrangers²¹. Ce double mouvement montre bien qu'à examiner les choses de plus près, la formule de la Cour d'Alger peut être considérée comme exacte : le mot « musulman » n'a pas un sens purement confessionnel²².

On admettra peut-être cette opinion que le mot « musulman » puisse désigner autre chose que les adeptes de la religion du Prophète, et que par conséquent la conversion ne puisse suffire à affranchir l'indigène du code spécial répressif applicable aux indigènes musulmans²³. Mais l'argument de M. Larcher ne reprend-il pas toute sa valeur quand il s'agit des droits civils et du statut personnel musulman : « Il n'est pas possible d'appliquer à un catholique une législation essentiellement mahométane, directement dérivée du Coran²⁴ ». Le législateur français

21. Comparer l'application des décrets du 29 mars 1902 et du 28 mai 1902 qui déferaient aux tribunaux répressifs les « indigènes ». Fallait-il englober dans la catégorie des indigènes les « musulmans étrangers ». La Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois pour l'affirmative : 23 mai 1903, 27 juin 1903, 9 juillet 1903, *R. A.*, 1903. 2. 209 ; M. Massonié (*op. cit.* p. 44) s'élève contre cette étrange catégorie « d'indigènes étrangers » formule symétrique du « musulman chrétien » de M. Larcher. La contradiction voyante des termes ne suffit pas à condamner. Le décret du 9 août 1903 a d'ailleurs suivi la jurisprudence et a remplacé la formule « indigènes » par les mots « indigènes musulmans non naturalisés » « ou étrangers musulmans ».

22. Au contraire la jurisprudence a été parfois mal inspirée en prenant le mot musulman dans un sens purement confessionnel. Par exemple quand le tribunal de Bône (22 mars 1909, *R. A.*, 1909. 2. 222) a jugé qu'un indigène musulman naturalisé peut exercer les fonctions d'assesseur juré musulman parce que « la naturalisation ne l'empêche pas de rester leur coreligionnaire » ; ou encore quand la Cour de cassation a statué que « le décret susvisé n'a pas supprimé sa qualité d'indigène qu'il tient de son origine, ni celle de musulman qu'il tient de sa religion, que ces deux qualités sont les éléments essentiels de la garantie qui résulte pour les indigènes musulmans justiciables des cours criminelles d'Algérie de la présence d'assesseurs indigènes musulmans » (Cassat. Crim. 14 déc. 1911 *R. A.*, 1912. 2. 307). M. Larcher qualifie cette jurisprudence d'absurde.

23. L'usage dans les territoires du Sud, est, nous l'avons dit, de ne pas leur appliquer le code de l'indigénat. Ils sont d'ailleurs très peu nombreux.

24. Larcher, *Trailé II*, p. 568.

prévoyant le délit de port d'armes, de rixes, de vagabondage peut vouloir y soumettre des musulmans convertis. Par contre quand il conserve aux musulmans des coutumes toutes religieuses, n'entend-il pas que, si ceux-ci abandonnent le Coran, ils se trouvent par le fait affranchis de la loi coranique.

Observons d'abord que l'argument ne vaut pas pour le cas du converti kabyle, qui, nous le savons, est le plus intéressant et le plus fréquent. Chez les Kabyles en effet « le dogme se distingue nettement du droit²⁵ ». Retranchés dans un massif imprenable, les montagnards kabyles ont résisté pendant des siècles à l'islamisation de leurs coutumes. Jusqu'à la conquête française, la *djemmaa* ou assemblée de village a réuni le pouvoir législatif et judiciaire. Les coutumes amendées ou abrogées par ces parlements campagnards n'ont jamais passé pour des règles divines qu'on ne modifie que lentement et par subterfuge. Par exemple à la grande assemblée de Djema-Saharidj en 1748, les Kabyles ont pu adopter la complète exhérédation des femmes sans mettre en avant aucun motif religieux²⁶.

En outre, il n'est pas si clair que la loi des musulmans algériens soit « essentiellement mahométane, directement dérivée du Coran ». C'est en effet une opinion assez répandue que le droit musulman purement religieux régit tous les musulmans et rien que les musulmans. Cette opinion a semblé parfois sanctionnée par certaine jurisprudence. Un jugement du tribunal d'Alger du 26 novembre 1901, affirme que « les Musulmans ne distinguent

25. Hanoteau et Letournaux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, II, p. 135.

26. Texte de l'acte de Djema Saharidj, *ibid.*, III, p. 451.

que croyants et incroyants et ignorent les nationalités²⁷ ». Et un jugement du tribunal de Sousse du 11 mai 1902 « l'étrangère qui épouse un musulman reste étrangère dans tous les pays de l'Islam²⁸ ».

En réalité comme le dit un jugement du tribunal de la Seine du 2 mai 1905 « si autrefois il n'existait pas de nationalités distinctes, des modifications profondes ont été apportées depuis ce temps²⁹ ». La législation des musulmans n'est donc pas purement religieuse puisque n'ayant qu'une foi ils ont cependant plusieurs lois³⁰.

Surtout on ne peut pas dire que le droit musulman n'ait jamais régi que des musulmans. Beaucoup de décisions de jurisprudence refusaient³¹ en vertu de l'art. 19 du Code civil³² d'accorder la nationalité ottomane à des femmes françaises ayant épousé des chrétiens de Turquie, car les chrétiens de Turquie ne pouvaient être des ottomans. De même les Juifs du Maroc ou de Tunisie ne pouvaient être des marocains ou des tunisiens. Mais un jugement du tribunal de Tunis du 5 juillet 1907 a pourtant reconnu aux Juifs originaires de Tunisie la nationalité tunisienne. « On ne saurait donc prétendre, dit M. Morand, qu'en pays musulman le non musulman soit toujours, et à tout point de vue, maintenu hors de la communauté musulmane³³ ».

27. R. A., 1906, 2, 76.

28. R. A., 1906, 2, 370.

29. R. A., 1906, 2, 75, et Cour d'appel d'Alger, 28 mars 1922, conclusions de M. le substitut Godin, R. A., 1925, 2, 115.

30. Plusieurs exemples historiques sont apportés par M. Morand dans son *Introduction à l'étude du Droit musulman* : au premier siècle de l'hégire, les nouveaux convertis de race non arabe maintenus dans un état d'infériorité; les Maures expulsés d'Espagne, traités en parias par leur coréligionnaires du Maghreb et formant jusqu'en 1830 des communautés d'« Andalous », les Arabes d'Algérie émigrant au Maroc et traités en étrangers malgré le pieux motif de leur exode.

31. Citées, Morand, *Introd.*, p. 115.

32. Abrogé par la loi du 10 août 1927, art. 13, sur la nationalité.

33. Morand, *Introd.*, p. 115.

La Turquie a toujours distingué entre le non musulman ne se rattachant à aucune communauté juridique étrangère, et le non musulman se rattachant à une communauté juridique étrangère. Le premier (*dzimmi*) a souvent en fait gardé son statut personnel à lui, mais « on ne saurait voir là, dit M. Morand³⁴ une justification de cette idée que la loi musulmane ne saurait régir que les adeptes de la religion islamique.... Il n'apparaît pas en effet que les Croyants des premiers siècles de l'hégire, ni même le Prophète, aient considéré que les institutions juridiques musulmanes fussent le monopole des adeptes de la religion islamique. »

En fait les infidèles étaient autorisés à soumettre leurs différends aux cadis qui, sauf cas de réclamation de l'une des parties, se saisissaient du litige et faisaient à ces différends, même en des matières manifestement réglées par la loi religieuse, telles que celles du mariage ou des successions ab intestat, l'application des règles du droit musulman³⁵.

Nous avons tenu à citer ces exemples historiques, relatés par un spécialiste du droit musulman, car nous croyons qu'on ne peut soutenir que la loi musulmane étant une loi religieuse ne peut plus s'appliquer au converti par cela seul qu'il n'est plus musulman. D'autres raisons militeront en faveur de la solution préconisée par MM. Larcher et Mary, mais l'argument qui revient à dire : le mu-

34. *Loc. cit.*

35. Khalil, *trad. Peron*, t. IV, pp. 435-436. De même Yung *Corps de Droit ottoman*, p. 321-322, note 1 : « En Turquie les procès relatifs aux successions entre sujets non musulmans sont portés devant la juridiction du chéri à moins que les parties ne se mettent d'accord pour saisir les juges de leur communauté. » Cité par M. Morand qui ajoute : « On ne s'explique pas dès lors que le tribunal de Tunis ait pu juger que « le chara pouvait d'autant moins intervenir qu'il constitue un tribunal religieux, qui comme tel refuse de s'occuper des successions de chrétiens, et que précisément le général appartenait à la religion catholique » (11 avril 1894, *R. A.*, 1894, 2, 387)

sulman converti n'est plus indigène musulman, ne nous paraît pas suffisant pour conclure.

* * *

Si l'on pouvait admettre que la conversion équivalût à un changement volontaire et valable de statut, la situation du converti se trouverait aisément réglée. C'est à cette solution générale que s'arrête M. Larcher avant de passer aux exégèses textuelles qu'on vient de critiquer. « Il nous paraît exact de dire qu'en se faisant catholique l'indigène musulman renonce d'une façon générale à son statut et opte pour la loi française. Cela donne à notre question une solution simple, commode, satisfaisante, élégante même. On explique ainsi que le sujet français non musulman est désormais soumis à la loi française, sinon au point de vue des droits politiques qui ne s'acquièrent que par la naturalisation, du moins au point de vue des droits civils³⁶ ».

L'auteur se réfère donc à une institution particulière au Droit colonial : l'option. Dans les affaires qui concernent le statut personnel, les successions, les immeubles musulmans et en général toute matière où la loi indigène est restée en vigueur, « les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse à l'application de leurs droits et coutumes, pour se soumettre à la législation française. Cette déclaration sera insérée soit dans la convention originaire soit dans une convention spéciale. La renonciation résulte en outre, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originaire par un officier public français ». Tel est d'après le décret du 17 avril

36. Larcher, *Clunet*, 1908, p. 390.

1889 le régime de l'option dans le territoire civil moins la Kabylie. Elle peut donc être expresse ou tacite. Les indigènes de Kabylie eux, régis par le décret de 1874, doivent opter expressément : « La déclaration faite par les parties, lors de la convention ou depuis, qu'elles entendent se soumettre à la loi française, entraîne l'application de cette loi ».

L'acte à propos duquel il a été fait option pour la loi française est désormais régi avec toutes ses conséquences, qui peuvent être fort nombreuses, s'il s'agit d'un mariage par exemple, par la loi française. Si la conversion était assimilée à une option générale, le converti se trouverait de ce fait soumis à la loi française pour tout ce qui concerne son statut personnel et en général pour toutes les matières où leur loi a été conservée aux indigènes.

Mais cette assimilation soulève de graves objections qu'a aperçues M. Larcher lui-même. Il semble impossible d'abord d'en faire application à la conversion des Kabyles qui forment le noyau le plus important des convertis, puisque l'option en Kabylie doit être expresse. En outre, même dans le reste du territoire civil où l'option tacite est permise, nous ne pensons pas qu'on puisse lui assimiler la conversion. On comprend en effet que le législateur ait pu attacher au fait de la réception d'une convention par un officier public français une présomption d'option en faveur de la loi française. Encore la jurisprudence a-t-elle paru plus soucieuse de restreindre cette faculté que de l'étendre : si deux époux se rendent devant l'officier de l'Etat-civil non plus pour faire célébrer leur mariage, mais pour faire la déclaration exigée des indigènes, on ne saurait y voir option implicite puisqu'il s'agit d'une

formalité obligatoire³⁷. De même d'après M. Clavel³⁸ si une française épouse un musulman ce dernier conserve son statut personnel, s'il n'a pas opté expressément, car se mariant avec une française, il est contraint de se présenter devant l'officier de l'Etat-civil et non devant le cadi, et étant contraint ne peut être présumé avoir opté. (Ceci est d'ailleurs fort contestable).

En présence donc de la lettre des textes qui ne prévoit l'option tacite que dans le cas de réception par un officier français; devant cette tendance explicable de la jurisprudence et de la doctrine à interpréter le texte restrictivement: il semble bien difficile d'attribuer à la conversion le caractère d'option tacite.

L'option ainsi conçue serait non seulement tacite mais générale; la conversion équivaldrait à une renonciation globale au statut musulman, et dont le bénéfice s'étendrait sans doute à la famille du converti. Cette sorte de renonciation n'est pas sans exemple dans le droit colonial. Elle est usitée aux Indes, où, chose curieuse, elle fait même acquérir les droits politiques de citoyen français en même temps que les droits divils³⁹. Cette option globale pratiquée par des familles catholiques rencontra d'abord l'hostilité de la Cour de Pondichéry jusqu'au jour où elle fut admise par la jurisprudence de la Cour de Cassation et consacrée par un décret en date du 21 septembre 1881⁴⁰. L'option est ouverte à tous les natifs majeurs, aux mineurs assistés des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage; elle peut se faire soit dans

37. Larcher, *Traité*, II. p. 472. Trib. de Mascara 10 avril 1895. Certains même prétendaient interdire l'option en matière de statut personnel: Robe, *Commentaire du décret 17 avril 1889*, Robe, 1889, p. 234.

38. *Clunet*, 1897, p. 997.

39. Solus, *La condit. des indig.*, p. 136.

40. *Sirey*, Lois annotées, 1882, p. 359.

l'acte de mariage, soit dans un acte séparé, devant l'officier de l'Etat-civil, le juge de paix ou un notaire. En fait ce sont surtout les catholiques qui pratiquent cette renonciation. Mais aucun texte n'autorise en Algérie une option générale de ce genre, et le cas reste unique, dans nos institutions coloniales.

A fortiori ne peut-on voir cette option dans le seul fait pour un musulman de se convertir. Et dans aucune colonie la réception du baptême n'équivaut à une renonciation au statut primitif, puisqu'aux Indes même les catholiques pratiquent une renonciation expressément distincte de leur admission dans l'Eglise. Seul le passage de l'hindouisme à l'islamisme ou de l'islamisme à l'hindouisme équivaut aux Indes à une option de statut, car il s'agit de deux religions respectivement liées à une loi civile : cas tout différent de celui qui nous occupe.

Sans doute certaines extensions de l'option ont été l'œuvre de la jurisprudence et peut-être pourrait-on espérer un élargissement semblable à propos des cas de conversion. Le décret qui a consacré l'option tacite s'est sans doute inspiré de la jurisprudence que finit par adopter la Cour d'Alger à la suite de la Cour de Cassation, admettant que les Israélites mariés devant l'officier de l'Etat-civil avaient ainsi soumis leur mariage à la loi française par une option tacite⁴¹. De même la jurisprudence interprétant le mot « convention » du décret a statué qu'un acte unilatéral comme un testament pouvait faire aussi l'objet d'une option⁴². « Le législateur dit la Cour de Cassation, a voulu étendre cette faculté à tous les actes légis-

41. Détail dans Larcher, *Trailé*, II, 379.

42. Alger, 21 oct. 1909, *R. A.*, 1910, 2, 299. Note de Larcher : « La circonstance que le décret du 29 avril 1874 en ce qui concerne la Kabylie n'a prévu l'option de législation que dans les conventions, n'était pas faite pour arrêter un interprète intelligent. *Lex statuit de eo quod plerumque fit.* »

lement émanés d'un auteur unique et contenant la manifestation de sa pleine et libre volonté⁴³ ». On a même cru pouvoir aller plus loin et permettre à des Kabyles d'adopter les usages du pays arabe⁴⁴ et réciproquement⁴⁵.

C'est une option générale d'origine jurisprudentielle aussi qui a été pratiquée quelque temps à Madagascar et d'après M. Solus les tribunaux du Sénégal paraissent reconnaître un droit analogue aux indigènes⁴⁶. Quoiqu'il en soit aucune décision algérienne n'a assimilé la conversion à une option tacite et générale.

En outre il est difficile de dire ce qui constitue la conversion. Et quelle sécurité pourrait-il y avoir pour les tiers si un indigène pouvait ainsi modifier son statut par un acte qui n'aurait ni publicité ni date certaine. Ou bien obligerait-on les prêtres à tenir une sorte d'état-civil de conversions-options, par un retour imprévu à une de leurs fonctions sous l'Ancien Régime ?

Un jugement du tribunal de Guelma⁴⁷ montre bien la quasi-impossibilité de qualifier juridiquement cet acte religieux. Il s'agissait de savoir si le mariage d'une femme kabyle Meghdouda avec un certain Mouloud jadis converti était valide. Le tribunal admettait que si Mouloud était un vrai converti il n'avait pu épouser une musulmane et cela devant le cadi. Mais ajoutait-il « attendu que l'apostasie ne résulte que de propos et d'actes exprimant de façon non équivoque une renonciation complète à la foi

43. Cass. Req. 16 janvier 1911, *R. A.*, 1911, 2, 154.

44. Alger, 19 juin 1920, *R. A.*, 1922-23, 2, 136 ; Blida, 20 mars 1924, *R. A.*, 1924, 2, 211 ; et dans le même sens Godin, *De l'application du droit musulman en Algérie*, p. 121.

45. Alger, 20 juillet 1915, *R. A.* 1917, 2, 162. Larcher, *Traité*, II, p. 470 note.

46. Solus, *Condit. des indig.*, p. 149.

47. Guelma, 23 février 1907, *Journal des tribunaux algériens*, 28 juillet, 1907.

islamique ; que notamment des actes irréfléchis ou faits « par manière de jeu », suivant l'expression de Sidi Khalil, ne rendent pas leur auteur apostat aux yeux des musulmans, alors même qu'ils seraient de nature à faire croire aux infidèles que cet auteur se convertit à une autre foi. Attendu que Mouloud déclare lui-même avoir reçu le baptême chrétien, mais à un âge où il ne se rendait pas compte des conséquences de cet acte, et séduit par le faste de la cérémonie et par les cadeaux. Attendu qu'il fait valoir en outre qu'il n'a jamais pratiqué le catholicisme et se considérait comme demeuré musulman ; qu'enfin il s'est déclaré musulman dans l'acte de mariage et que le mariage lui-même a été célébré selon le rite musulman. Attendu en conséquence qu'il n'est pas établi que Mouloud au moment de son mariage avait perdu en conscience et aux yeux des musulmans la qualité de musulman par un acte d'apostasie non équivoque etc..» Un homme peut donc avoir perdu extérieurement la qualité de musulman sans l'avoir perdue « en conscience » ; l'avoir perdue aux yeux des infidèles mais pas aux yeux des croyants ; l'avoir perdue puis la reprendre. Aucune certitude n'est donc possible.

Toutes ces objections nous semblent décisives contre la théorie de M. Larcher. D'ailleurs, eût-on pu accepter cette assimilation de la conversion à une option, que le but désiré n'en eût pas davantage été atteint. En effet on admet que « la capacité de contracter même en optant devra être déterminée par la loi musulmane⁴⁸ ». Car l'article 3 du décret de 1889 dit que la convention ne sera régie par la loi française que dans ses effets. De sorte

48. Alger, 11 mars 1890, *R. A.*, 1890, 2, 266. Autres jugements cités dans Larcher, *Traité*, II, p. 273.

que l'indigène devra avoir sa double majorité musulman⁴⁹é chrématique et somatique pour pouvoir opter. De plus il faut que l'acte unilatéral ou la convention qu'il soumet ainsi à la loi française soit permise par le droit musulman⁴⁹.

A prendre les choses dans toute leur rigueur, comme la conversion n'est certainement pas permise par la loi coranique puisque même l'apostat devrait être puni de mort, la conversion-option de M. Larcher est impossible. De plus nous l'avons vu, ce sont surtout des enfants, jeunes gens ou jeunes filles, indigènes chrétiens qui ne peuvent prétendre encore à la naturalisation et qu'il faut soustraire à la loi musulmane. Ils sont aussi ceux qui ne remplissent pas les conditions de capacité prévue pour opter.

Ce qui avait paru au premier abord « une solution simple, commode, satisfaisante, élégante même » se révèle à l'analyse sans base juridique et sans utilité pratique.

* * *

Pour suppléer aux insuffisances de l'option à légitimer le changement de statut pour cause de conversion, M. Mary a tenté une analyse de la conservation et de la consécration de la loi musulmane ou de la coutume kabyle par le législateur français. Il a essayé de les caractériser ainsi que les dispositions pénales spéciales aux indigènes.

L'œuvre algérienne du législateur français s'expliquerait, selon lui, par deux tendances, l'une toute libérale qui a fait conserver les lois et coutumes indigènes, l'autre

49. Note de M. Morand, *R. A.*, 1905, 2, 26, à propos du contrat d'hypothèque. Plus récemment il a été jugé qu'un mourant ne pouvait faire une donation en la forme française pendant sa dernière maladie, la circonstance constituant une incapacité spéciale aux yeux du droit musulman (*Cass. civ.*, 20 janvier 1926, *R. A.*, 1927. 2, 90).

fruit d'une salubre appréhension, qui a fait édicter certaines mesures pénales spéciales aux indigènes dans un but de défense contre les retours d'indépendance du peuple vaincu : « En un mot, dit-il, l'exception apportée à la législation française en matière civile tient à la religion de l'indigène ; la dérogation qui y est apportée en matière politique et pénale tient à sa qualité de peuple vaincu... Les périphrases ne sauraient arriver à nous convaincre que le système politique et pénal applicable à l'indigène a été conçu dans son intérêt. Et nous pourrions maintenant donner la véritable qualification du système exceptionnel auquel est soumis l'indigène. C'est tantôt en ce qui concerne les droits politiques et le droit pénal une *défense* qui lui est faite d'avoir recours à la loi française qui devrait être sa loi normale, et tantôt en ce qui concerne la loi civile c'est une *faculté* qui lui est laissée d'y «échapper. En effet toute rigueur pénale est édictée à l'encontre de celui qui la subit et nul ne peut s'y soustraire⁵⁰ ». Et plus loin : « C'est dans une idée de tolérance que l'on a permis aux indigènes musulmans de déroger à la règle générale, la législation française, pour conserver à titre exceptionnel leur ancienne loi. Mais quand la raison d'être de l'exception disparaît, l'exception doit disparaître aussi⁵¹ ».

Il s'ensuit donc que le converti par sa conversion se trouvera soumis à la loi civile française, et demeurera justiciable des tribunaux répressifs indigènes et passibles des peines de l'indigénat, comme tout non naturalisé. Telle semble être aussi la pensée de M. Larcher : « En territoire français, s'agissant de français (car les indigènes

50. Mary, *Influence de la conversion religieuse sur la conversion des personnes en Algérie*, p. 125.

51. Mary, *op. cit.*, p. 32.

sont français, sinon comme citoyens du moins comme sujets), la règle est évidemment l'application de la loi française. Si la loi coranique, si leurs coutumes ont été conservées aux indigènes musulmans, c'est par une faveur à laquelle très manifestement il leur appartient de renoncer⁵².

Cette argumentation nous paraît reposer implicitement sur trois principes ou plutôt trois postulats. 1^o En territoire français la règle serait l'application de la loi française et le reste ne serait qu'exception, 2^o Il appartiendrait à chacun de renoncer aux dispositions qui sont édictées en sa faveur, 3^o La religion serait le seul motif de la conservation des droits civils indigènes et un souci de défense l'unique raison d'un droit pénal indigène particulier. Ces principes doivent être critiqués.

Le premier nous paraît reposer sur une équivoque. Si l'on appelle loi française toute loi édictée par le Souverain français, sans aucun doute son application constitue la règle à l'égard des sujets français (sauf les cas où une loi étrangère s'appliquerait, mais alors en vertu d'une disposition française de conflit). Mais en ce sens la loi musulmane est une loi française, elle est appliquée « comme l'expression directe de la souveraineté de la France sur ses colonies et sur les populations qu'elles comprennent et auxquelles la France a délibérément conservé leur statut personnel⁵³ ». Mais si l'on appelle loi française, la loi qui est particulière aux sujets français admis aux droits de citoyen, il est faux de dire que cette loi forme la règle générale et que toutes les autres applicables aux sujets

52. Larcher, *Clunet*, 1908, p. 293, note.

53. Bartin, *Principes de Droit International privé*, p. 293, note.

non citoyens forment l'exception⁵⁴. Le législateur en effet est libre d'édicter des dispositions spéciales à chacun de ses sujets ; et l'unité législative de l'Empire français si elle peut être considérée comme un idéal politique, ne peut fournir un principe de solution juridique. Sans doute l'existence de l'option indique bien une préférence du législateur français pour la loi française applicable aux citoyens, mais l'option, nous l'avons dit, n'est permise que dans certaines formes prévues par les textes.

Ensuite peut-on penser qu'il appartienne à chacun de renoncer à toute faveur qui lui est faite par la loi ? Il est certes des dispositions prises par la loi dans l'intérêt des personnes et auxquelles il leur est loisible de renoncer. Par exemple, au partage de la communauté entre époux, chacun a droit à la moitié, mais il est permis de stipuler par contrat que la totalité sera attribuée au survivant. Au contraire on ne peut déroger à la règle que le passif commun se répartit dans la même proportion que l'actif.

De même les mesures de protection du mineur, édictées en sa faveur certes, ne sont pas susceptibles d'une renonciation de sa part. Aucun juge ne pourrait les considérer comme lettre morte sous prétexte que les raisons qui ont inspiré la loi ont disparu, par exemple que le mineur est en fait aussi capable de discernement qu'un majeur et doit être traité comme tel. On peut, il est vrai, hésiter parfois

54. Il peut en être différemment dans d'autres colonies. Dans les établissements français de l'Inde par exemple, le Code civil a été promulgué par un arrêté en date du 6 janvier 1819 « Les Hindous sont soumis aux dispositions du Code civil dans les matières où les prescriptions de ce Code ne sont pas contraires aux us et coutumes que nous avons promis de respecter » (cf. Solus, *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924). Et encore, même aux Indes, la conversion au catholicisme n'équivaut pas à un changement de statut, car les nouveaux catholiques pratiquent toujours l'option générale et expresse pour le statut français qui est permise en cette colonie (cf. Solus, *La condition des indigènes*).

à attribuer à une règle le caractère impératif ou supplétif, quand « le législateur n'a pas pris soin de caractériser lui-même son précepte en marquant l'énergie qu'il entend lui donner au regard de dispositions privées⁵⁵ ». Mais il est généralement admis que les règles visant le statut personnel et le droit de famille sont impératives. Si donc, comme nous avons essayé de le démontrer, la lettre des décrets n'autorise pas à affranchir le converti de la loi indigène, et si la conversion ne constitue nullement une option au sens prévu par la loi, on ne peut arguer du caractère exceptionnel du statut musulman pour prétendre que le converti en est affranchi, si les raisons qui ont guidé le législateur se trouvent ne plus exister.

Enfin il paraît inexact de prétendre que c'est seulement à cause de leur religion que les sujets algériens ont été admis à conserver leur statut personnel. La coutume Kabyle n'est point une législation religieuse comme la loi coranique, et surtout il existait entre la France et les nations qu'elle s'annexait une différence de culture et de civilisation qui suffit à expliquer, même indépendamment de la religion, la reconnaissance de lois distinctes. D'autre part on ne peut, pensons-nous, analyser le code pénal spécial indigène comme une défense d'avoir recours à la loi française qui devrait être la loi normale. Il faut y voir bien plutôt une série de dispositions impératives qui ne tiennent nullement à sa qualité de vaincu, mais sont aussi édictées dans son intérêt (protection des forêts, nécessité d'un état-civil, paix entre les tribus). Et en tant que dispositions impératives, elles s'imposent sans restriction à tous les non naturalisés comme les dispositions impératives civiles.

55. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*, p. 550.

La distinction de M. Mary qui rappelle celle des statuts odieux et statuts favorables des anciens juristes italiens, ne nous semble nullement fondée. Il faut ajouter que dans ce système la protection des *m'tourni* aurait été bien mal assurée du temps où fonctionnait encore le tribunal répressif indigène. « Comment en effet, dit M. Larcher, M. Mary n'a-t-il pas vu que déférer un *m'tourni* à la Cour criminelle ou aux tribunaux répressifs, ce serait le livrer à de bons musulmans qui n'ayant pour lui que haine ou mépris ne pourraient être des juges impartiaux ». En outre il faudrait d'après M. Mary pour que cet effet général de la conversion fût produit que le mineur eût sa double majorité somatique et chrématique. C'est, nous l'avons dit, n'admettre à se libérer du statut musulman que ceux à qui est déjà ouverte la voie de la naturalisation, et abandonner les convertis les plus intéressants.

L'analyse de M. Mary qui forme l'idée maîtresse de son livre nous semble donc impuissante à légitimer ses conclusions et les conclusions elles-mêmes trop sévères pour le converti. Il reste à examiner si l'on peut tirer argument d'une évolution coutumière.

*
* *

La France a déclaré respecter les lois et coutumes des indigènes. Cette conséquence de la déclaration de Bourmont en 1830 est répétée dans les décrets.⁵⁶ Or ces lois et coutumes comme toute institution humaine et en particulier toute législation sont sujettes à évolution. Si certains groupements ou communautés, par leur conversion évoluent vers une forme différente de statut personnel,

56. Décret du 17 avril 1889 « Les musulmans continuent à être régis par leur lois et coutumes en ce qui concerne leur statut personnel ».

ne peut-on voir là la naissance d'une coutume nouvelle garantie par la France comme toutes les autres coutumes indigènes. L'indigène converti se trouverait aussi jugé selon sa coutume chrétienne et toute difficulté serait ainsi facilement écartée.

Cette solution n'est pas une fantaisie de théoricien. Elle a pu être envisagée dans d'autres colonies. Un jugement du tribunal de Bamako, que n'a pas confirmé d'ailleurs la Chambre d'homologation, a cru pouvoir invoquer la coutume catholique du mariage⁵⁷. Les décrets successifs réglant l'administration de la justice en Afrique Occidentale française semblent bien s'orienter vers cette conception. Celui du 19 nov. 1903 n'envisage que le statut fétichiste et le statut musulman. Celui du 16 août 1912 distingue seulement entre statut musulman et statut non musulman. Enfin celui du 22 Mars 1924 ne parle que de la coutume des parties. Et bien des administrateurs «tenant compte du degré d'évolution des parties en cause» s'inspirent réellement d'une sorte de coutume chrétienne, quand il est certain que l'usage en question est pratiqué par un groupe nombreux d'indigènes, et qu'à l'exclusion de tout autre il a présidé à la célébration du mariage ou de tout autre acte.

De même le décret du 29 avril 1927 concernant l'Afrique Equatoriale française disposait que les assesseurs indigènes étaient choisis sur une liste «composée de façon à permettre à tous les groupements ethniques et religieux présentant une certaine importance, établis dans la circonscription, d'être représentés⁵⁸». En vertu de ce décret les indi-

57. *Penant*, 1925, 1, 101.

58. Décret du 29 avril 1927, art. 7. Les mots «et religieux» ont été supprimés par un décret du 18 janvier 1930. Il ne s'ensuit pas d'ailleurs que le juge n'ait plus à s'inspirer de la coutume chrétienne, mais seulement que pour le recrutement des assesseurs, l'Administration garde les mains plus libres.

gènes se trouvaient par leur conversion former un groupement religieux distinct et doté d'une coutume à lui dont un de ses membres pouvait témoigner devant le juge.

Parmi les petites communautés indigènes de Kabyles chrétiens, parfois dispersées dans le village musulman, parfois aussi groupées en une sorte de quartier ou de village chrétien, et possédant alors quelques usages administratifs spéciaux, de voirie par exemple, ne pourrait-on pas dire que naît aussi une coutume chrétienne, régissant le statut personnel, qui peu à peu s'impose au magistrat, au titre de coutume indigène solennellement garantie par la France. Tout de même qu'on a pu admettre qu'un kabyle fixé depuis cinquante ans en pays arabe avait son statut régi par la loi coranique.⁵⁹

A cette question on ne peut répondre qu'en examinant successivement 1°) si le législateur français a prétendu seulement garantir la coutume telle qu'elle existait ou telle qu'elle peut devenir selon une évolution interne; 2°) si la loi musulmane ou kabyle est susceptible d'évolution; 3°) si cette évolution peut se faire spontanément, ou au contraire seulement par l'intervention du législateur français; 4°) enfin si l'on peut vraiment parler de coutume chrétienne parmi les kabyles convertis.

Le législateur français ne semble pas avoir songé que droit coranique ou coutume kabyle fussent sujets à évolution. Au contraire on le voit traiter un droit en partie coutumier comme une législation écrite et fixée à l'instar de

59. Alger, Ch. de rév. 19 juin 1920, *Robe*, 1921, p. 16. Ali Bourouba établi en pays arabe pour son commerce depuis un demi-siècle avait renoncé devant le *cadi* aux coutumes kabyles. La Chambre de révision a jugé valable cette renonciation bien que non prévue par les textes, dans l'impossibilité de faire régir par son ancienne coutume un déraciné de si longue date; et la *hadana* (garde) de ses enfants fut confiée à la grand'mère maternelle selon la loi coranique.

notre Code Civil. On applique le Précis de Sidi Khalil (El Mokhtasar) qui date du XIV^e siècle et on en arrive à ressusciter sur la foi de cet ancien jurisconsulte des institutions désuètes et surannées qu'avaient déjà remplacées d'autres plus évoluées et proches des nôtres, en particulier en matière de preuve du mariage et de preuve testimoniale⁶⁰. Comme le dit M. Morand en une formule lapidaire : « Nous n'avons pas su distinguer entre le droit des musulmans malékites de l'Afrique du Nord, et le droit musulman malékite ». De même l'application qu'on a fait du livre de Hanoteau et Letourneux sur les Coutumes kabyles dépasse de beaucoup la portée de cet ouvrage⁶¹. C'est ainsi que sur la foi de ces auteurs (t. II p.341) la jurisprudence du tribunal de Tizi Ouzou a déclaré longtemps qu'il n'y avait pas de habous en Kabylie⁶², alors qu'il est très certain que cette institution s'y trouve au contraire fort pratiquée, comme le reconnaissent d'autres arrêts⁶³.

Mais quoi qu'il en soit de ces défauts de méthode, certains et maintenant en partie reconnus, on ne peut croire que le législateur ait prétendu fixer une loi ou une coutume musulmane *ne varietur*. Cela serait absolument contraire à la notion même de coutume. On peut même peut-être relever dans l'institution éphémère d'un Conseil Supérieur de Droit musulman, la preuve qu'une évolution était considérée comme possible. En effet, une fois au moins, c'est par une consultation de cet organe qu'a été modifiée une dis-

60. Morand, *Introduction à l'étude du Droit musulman*. pp. 87-94, et R. A. 1913, 1, 205.

61. Hacoun Campredon, *Etude sur l'évolution des coutumes kabyles spécialement en ce qui concerne l'exhérédation des femmes et la pratique du habous*, p. 68 et seq.

62. Tizi Ouzou, 21 mars 1913, *Robe*, p. 72; 26 octobre 1916, *Robe*, 1917, p. 170.

63. Alger, Ch. de rév. 11 juin 1919, *Robe*, 1920, p. 50.

position musulmane : la fameuse fiction de « l'enfant endormi » et fixée la durée de la grossesse à neuf mois (2 janvier 1869)⁶⁴.

Mais surtout on objecte en général à la possibilité d'une évolution le caractère religieux et partant invariable de la loi musulmane. Si cette invariabilité est réelle, il ne peut en effet être question d'une évolution interne et on ne pourra trouver pour le converti d'autre statut acceptable que la loi française, à moins de le laisser soumis à la loi musulmane.

Mais le droit musulman n'a pas ce caractère immobile qu'on est trop porté à lui attribuer. La coutume ou *orf* est considérée par quelques docteurs de l'Islam comme une des sources du droit musulman. Son rôle a toujours été considérable. On a eu recours à *l'orf* pour assurer la survivance de certaines règles coutumières de la période préislamique malgré leur contradiction certaine avec des principes fondamentaux de l'Islam : par exemple pour admettre la répudiation par simple volonté du mari. A l'inverse le mariage, qui d'après tous les docteurs musulmans peut se former par simple échange de consentement en présence de deux témoins, et se prouver par témoignage, est devenu en certains pays islamiques un contrat solennel par acte notarié⁶⁵. Et l'adoption condamnée par le Coran s'est maintenue à l'état d'institution coutumière.

L'évolution est encore plus facile dans la coutume ka-byle. Avant la conquête, la *djemaa* de village, pouvoir à

64. Larcher, *Traité*, II, p. 465. Sur la constitution de ce conseil et sa suppression, cf. Larcher, II, p. 166.

65. Morand, *Introduction à l'étude du Droit musulman*, pp. 58 et 108. - L'art. 45 de la Medjellat (Code égyptien des obligations), déclare « ce qui est consacré par l'usage a la même force que ce qui est formellement établi par une loi » (R.A. 1906, 2, 349).

66. Morand. *Avant projet de Code*, art. 33, note 2.

la fois législatif et judiciaire portait des lois et les sanctionnait par sa jurisprudence. *L'orf* coutume de village, et *l'aadat* coutume générale, sont à la fois des règles précises édictées par l'assemblée villageoise et des usages communément admis par tous. Rien ne s'opposait donc à leur abrogation ou à leur amendement, et l'exemple est bien connu de la réunion de Djema-Saharidj en 1748 où les Kabyles adoptèrent la coutume encore en vigueur aujourd'hui de l'exhérédation des femmes, et dressèrent en mémoire de cet événement des pierres qu'on voit encore. Ceci montre que les législations sujettes conservées par la France n'ont rien d'immuable.

En doit-on conclure qu'on peut leur laisser l'initiative d'une évolution interne que le législateur français n'aurait qu'à surveiller et à sanctionner ?

Ici une distinction s'impose. Nous pensons qu'un changement brusque et important comme la réforme de Djema-Saharidj relève d'une autonomie incompatible avec la souveraineté française et que les décrets n'ont pas entendu consacrer des coutumes qui se modifieraient de cette façon. Mais s'il s'agit de changements comme imperceptibles, graduellement provoqués par les nécessités et les circonstances nouvelles, suivant pas à pas et traduisant l'évolution de nos sujets, il semble qu'il faille leur accorder au nom de la notion même de coutume cette consécration du législateur français.

Nous citerons plus loin⁶⁷ la suppression de la coutume dite de la «veuve pendue» réalisée en 1903 dans la commune d'Azeffoun, à la suite d'un vœu des délégations financières et par le moyen d'une circulaire gubernato-

67. cf. *infra*, p. 120

riale. Comme aucun texte ne confère aux circulaires gubernatoriales une autorité quelconque pour changer le droit édicté par les décrets, on ne peut analyser celle-ci qu'en y voyant la reconnaissance d'une évolution interne de la coutume⁶⁸.

De même un jugement du tribunal de Tizi Ouzou en 1922 qui déclare : « Attendu qu'en fait comme en droit, plusieurs coutumes kabyles ont depuis la conquête évolué sous des influences multiples⁶⁹ », manifeste bien, par la distinction du fait et du droit, que cette évolution crée un droit nouveau qui comme tel s'impose au juge. Et la Cour d'Alger sur pourvoi et confirmant ce même jugement est plus explicite encore : « Attendu qu'une conception nouvelle et plus humaine des rapports entre homme et femme s'est fait jour en Kabylie, que l'évolution de cette idée est arrivée à un degré suffisant d'avancement pour constituer une coutume nouvelle qui s'est substituée à l'ancienne coutume et que le moment est venu pour les tribunaux de la reconnaître et de la consacrer...⁷⁰ ». Et la Cour cite le vœu du délégué financier Roumane à la séance du 22 février 1922 demandant l'amendement de la coutume.

M. Larcher lui-même, bien qu'ennemi non dissimulé d'une atteinte jurisprudentielle aux lois et coutumes indigènes, laisse échapper des phrases comme celle-ci : « Il était plus indiqué de laisser au droit musulman son caractère coutumier, donc un peu incertain, pour permettre à la jurisprudence de faire son œuvre d'adaptation et de progrès⁷¹ ».

On est donc, pensons-nous, en droit de conclure que la

68. M. Larcher y voit une violation pure et simple des décrets, *Traité II*, p. 425.

69. *R. A.*, 1923, 2, 81.

70. Ch. de rév. 18 nov. 1922, *R. A.* 1923, 2, 81 ; *Robe*, 1923, p. 72.

71. Larcher, *Traité*, II, p. 428-429.

coutume indigène est susceptible d'évolution interne et spontanée et que le législateur français n'a pas prétendu figer une législation nécessairement mouvante, mais consacrer la coutume *in fieri*, c'est à dire telle qu'elle peut normalement devenir.

La tentation est donc forte d'appliquer cette analyse à la naissance de coutumes nouvelles dans les communautés de convertis de Kabylie. Mais il faudrait prouver que la notion de coutume juridique peut s'appliquer aux usages chrétiens, à la pratique de la morale chrétienne, adoptés par les *m'tourni*.

M. GénY qui a longuement étudié la coutume comme source en droit privé, y distingue deux éléments indispensables⁷². D'abord un élément matériel : il faut qu'il s'agisse d'un usage pratiqué assez longtemps et avec constance ; ensuite un élément psychologique : cet usage doit provoquer un sentiment de nécessité juridique, *opinio juris seu necessitatis*. « Les actes qui composent cet usage n'ont d'effet pour la création du droit que s'ils sont accomplis dans la pensée d'une sanction sociale effective⁷³ ». Il faut que ceux qui s'y soumettent « aient le sentiment qu'ils agissent en vertu d'une règle non exprimée, s'imposant à eux comme règle de droit objectif⁷⁴ ».

Or il nous faut bien avouer que ces deux éléments ne se trouvent pas réunis pour constituer une coutume chrétienne nouvelle chez les convertis. Sans doute chez eux l'usage est constant d'observer les lois chrétiennes du mariage et du droit de famille. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse trouver dans cette observation un sentiment de nécessité

72. GénY, *Méthodes*, p. 310 et suiv.

73. *ibid.*, p. 315.

74. *ibid.*, p. 317.

juridique. Sur ce point le kabyle - à la différence sans doute des indigènes d'Afrique occidentale et équatoriale - distingue comme nous entre la prescription religieuse et la loi civile. Nous avons vu quelques exemples de mauvais chrétiens profitant de ce qu'ils demeurent « indigènes musulmans » pour violer la loi française et chrétienne de l'unicité du lien matrimonial. Nul ne songera à une coercition coutumière ou légale à exercer contre eux. Et pour les kabyles, fidèles en très grande majorité aux exigences de leur foi nouvelle, ils n'envisagent certainement dans cette fidélité que l'obéissance à un devoir de conscience affranchi de toute contrainte sociale. Pour eux comme pour nous la distinction du *fas* et du *jus* est nette. C'est dire que l'élément psychologique nécessaire à la naissance d'une coutume chrétienne fait défaut, et qu'on ne peut songer à invoquer cet argument pour affranchir le converti du statut musulman auquel le rivent les textes.

Ajoutons qu'une coutume nouvelle ne saurait certainement prévaloir contre les dispositions pénales auxquelles les décrets ont soumis les indigènes non citoyens français. Cette solution n'affranchirait donc que très imparfaitement le converti.

* * *

Enfin une dernière raison qu'il faut examiner a été alléguée par M. Mary pour soumettre à la loi française le statut personnel de l'indigène converti. Cette raison tient en une phrase, l'auteur la considère comme déterminante mais n'y insiste pas du tout. Elle est pourtant des plus intéressantes car c'est elle qui nous rapproche du terrain des conflits de lois sur lequel, nous le verrons, doit se poser notre question pour trouver une solution satisfaisante. « Nous

n'avons pas le droit, dit M. Mary, d'appliquer la loi islamique dans des cas où il est interdit par cette loi elle-même de s'appliquer. Il est absolument impossible juridiquement qu'un musulman converti au catholicisme puisse se voir appliquer la loi musulmane. La loi musulmane ne le permet pas. Appliquer la loi musulmane en pareille circonstance ce serait la violer. Tout juge qui continuerait à faire application des règles coraniques à un renégat musulman commettrait une erreur qui friserait l'illégalité⁷⁵ ». En effet la loi musulmane par définition n'est faite que pour les Croyants, or le *m'tourni* est rejeté par cette loi de la communauté des fidèles, c'est donc violer la loi que de l'appliquer à quelqu'un qu'elle a déclaré ne plus vouloir connaître.

Nous avons dit plus haut ce qu'il fallait penser de la première partie de l'argument : la loi musulmane n'est faite que pour les musulmans. Arrêtons-nous à la seconde qui peut aussi s'exprimer sous cette forme : La loi musulmane se dessaisissant elle-même, le juge français n'a qu'à s'incliner devant ce dessaisissement et appliquer la loi française au converti.

On voit tout de suite que nous sommes en face d'un cas analogue à celui du renvoi en Droit International Privé. La question du renvoi quand il s'agit de deux législations souveraines se pose en ces termes : le juge français doit-il appliquer la loi anglaise interne ou la loi anglaise de conflit⁷⁶. Tout de même, dans le cas envisagé de deux législations édictées par le même souverain : le juge français, ou musulman, ou français statuant au musulman, doit-il appliquer

75. Mary *op. cit.* pp. 129,130.

76. Bartin, *Principes de Droit International privé*, p. 202.

la loi musulmane interne, c'est à dire la loi musulmane en tant qu'elle édicte telle règle positive, ou bien la loi musulmane en tant qu'elle se dessaisit elle même ?

Pour M. Mary la réponse n'est pas douteuse. Elle mérite pourtant un examen attentif que nous lui consacrerons plus bas. Mais nous avons prononcé le mot de conflit de lois, de conflit colonial. C'est bien en effet d'un conflit qu'il s'agit. Les solutions précédemment alléguées et critiquées pour soumettre le converti à la loi française ne nous ont pas paru satisfaisantes. C'étaient comme des moyens de fortune pour parvenir à une issue qui semblait désirable en équité, mais aucune ne plaçait la question sur son véritable terrain : c'est à dire sur le plan des conflits de lois, sur le plan du Droit International Privé interne. Entre ces deux communautés juridiques, la française et la musulmane, enchevêtrées sur le même sol, dotées à la fois de lois qui leur sont communes et de lois qui sont spéciales à chacune d'elles, la conversion d'un musulman, non suivie de naturalisation, donne naissance à l'un de ces cas où deux lois peuvent normalement sembler applicables, où le juge légitimement hésite, en un mot à un conflit colonial.

Le chapitre suivant montrera qu'on est bien en présence d'un véritable conflit colonial, et dans quelle mesure les règles de conflit peuvent servir à le résoudre.

CHAPITRE III

Conflits de lois. — Le doute du juge. — Conflits internationaux et non internationaux. — Systèmes juridiques. — Le conflit colonial algérien et ses caractéristiques. — Le conflit né de la conversion. — Essai de solution générale. — Renvoi et qualifications.

N'y a-t-il pas abus de mots à parler de conflit de lois, quand il ne semble s'agir que d'une catégorie de personnes oubliée ou méconnue par le législateur? Celui-ci en effet, a classé les sujets français d'Algérie en deux catégories : les français jouissant des droits de citoyen et les indigènes musulmans simples sujets, laissant de côté les Juifs du M'zab¹ qui ne sont ni citoyens ni musulmans, et les musulmans devenus chrétiens et non admis aux droits de citoyen. Sans doute le juge pourra-t-il se trouver dans l'embarras à l'endroit de ces derniers, comme il pourra se demander si telle loi, sur les pensions militaires par exemple, s'applique aux israélites mozabites²; mais cet embarras suffit-il pour évoquer le heurt de deux législations qui semble associé au terme consacré de conflits de lois ?

Nous pensons que la réponse doit être affirmative et qu'il s'agit là d'un vrai conflit colonial.

1. On sait qu'on leur refuse la qualité de citoyens, cf. Larcher, *Traité*, II, p. 386.

2. Thomas « La loi sur les pensions militaires dans son application aux musulmans indigènes non naturalisés », *R. A.* 1921.

Dans ce but nous voudrions d'abord par quelques exemples construire comme une série de conflits de lois, et montrer en partant des premiers à qui personne ne refuse le caractère de conflits, qu'on peut arriver par transitions insensibles à notre cas du musulman converti. Ce serait là comme une preuve indirecte que nous avons le droit de voir dans ledit cas un cas de conflit. Nous en tenterons ensuite une preuve directe.

Il semble en effet que pour qu'il y ait conflit il doive exister un élément « d'extranéité³ » parmi les éléments du litige à trancher ; que cet élément d'extranéité porte sur le fait générateur du rapport de droit, qu'il porte sur l'acte juridique, ou sur les personnes entre lesquelles le litige s'élève. Or cet élément d'extranéité peut se réduire à un minimum, et il suffit que peut-être la conversion ait influé sur le statut personnel de l'indigène devenu chrétien, pour que cette hésitation du juge révèle ou même constitue un véritable conflit.

Soit donc une série d'exemples de conflits algériens par laquelle on peut arriver graduellement, croyons-nous, au cas particulier du converti.

M. Bartin⁴ traitant des conflits non internationaux, pour les distinguer de ceux qui font l'objet propre du Droit International Privé prend les exemples suivants :

1^o Il s'agit de savoir si dans telle hypothèse donnée, on appliquera au litige dans lequel un indigène musulman est partie, le statut personnel musulman ou bien la loi française qui pour certaines institutions a été expressément substituée à la coutume musulmane antérieure à la conquête. Le cas envisagé est celui d'un immeuble

3. Bartin. *Cours à la Faculté de Droit de Paris*, 1929-1930.

4. Bartin, *Principes*, p. 19.

francisé dont le propriétaire ou l'acquéreur est un indigène non naturalisé. Il s'agit donc d'un conflit entre le statut personnel musulman et le statut réel français.

2^o « Le conflit peut s'élever entre deux coutumes musulmanes différentes, si le litige s'élève entre musulmans de rites religieux différents ». C'est le cas d'un malékite traitant avec un hanéfite. Il s'agit maintenant d'un conflit entre deux statuts personnels⁵.

On peut poursuivre en se rapprochant de notre hypothèse :

3^o La succession d'un *de cujus* musulman qui a reconnu l'un des héritiers comme son enfant naturel dans un acte dressé devant l'officier de l'état civil français, doit-elle être dévolue selon la loi française ou selon la loi musulmane ?⁶ Le père et le fils appartiennent tous les deux au même statut, il ne s'agit plus que de savoir si cette reconnaissance en la forme française doit avoir pour effet de faire passer la dévolution sous l'empire du droit français ; en d'autres termes quelles sont les conséquences d'une renonciation partielle au statut musulman, d'une option ?

4^o De même le second mariage selon la coutume kabyle d'un indigène qui en a déjà contracté un selon la loi française, est-il le mariage de la loi française générateur du crime de bigamie réprimé par l'art. 340 du Code pénal ?⁷ L'indigène reste soumis à sa coutume, mais les effets de son premier mariage sont soumis à la loi française ; jusqu'où étendre ces effets, jusqu'où la loi française par le premier mariage a-t-elle étendu son empire sur un domaine régi par ailleurs par la loi indigène ? Il y a doute sur la portée

5. Larcher, III, p. 404.

6. Cassat. Civ. 19 oct. 1891, *Clunet*, 1897, p. 128.

7. Tizi Ouzou, Ch. crim. 5 juin 1928 ; Cassat. crim. 14 févr. 1929, *R. A.*, 1930, 2, 87.

à donner au texte du décret de 1889 « renoncer à leur loi pour se soumettre à la législation française ».

5° Une musulmane veut épouser un indigène naturalisé. Le mariage contracté devant l'officier de l'état-civil sera régi par la loi française. La capacité de la jeune fille mineure est régie par la loi musulmane. Mais son frère, administrateur de ses biens, ayant fait opposition, est-ce au cadi ou au tribunal civil de prononcer la mainlevée ?⁸. Il y a doute sur la frontière entre le domaine de la loi française et de la loi indigène, la mainlevée de l'opposition est-elle une question de capacité, ou bien le litige forme-t-il « un tout indissoluble » comme l'a jugé la Cour, de telle sorte que l'option qu'a l'intention de faire la jeune fille en se mariant produise déjà des effets en enlevant au juge musulman compétence à propos de l'opposition ?

6° Une tribu arabe réside en territoire Kabyle ; le statut personnel de ses membres est-il régi par la coutume kabyle ou par la loi musulmane ?⁹. De même la succession d'un kabyle établi depuis cinquante ans pour son commerce en pays arabe, peut-elle être réglée par la loi coranique ; et la renonciation non prévue par les textes qu'il a faite de la coutume kabyle, peut-elle être considérée comme valable¹⁰ ? Remarquons, qu'ici, ce que nous avons appelé l'élément d'extranéité se trouve réduit à un minimum. Il s'agit seulement d'une tribu arabe ou d'un individu kabyle dont on peut douter, étant donné d'une part son origine et d'autre part son établissement, si ils doivent être régis par l'une ou l'autre coutume. Il ne s'agit ici que d'interpréter le décret de 1874, mais le doute laissé

8. Cassat. civ., 18 juillet 1923, *Robe*, 1925, p. 134.

9. Réponse affirmative : Alger, 7 octobre 1890, *R. A.* 1890, 2, 563.

10. Alger, Ch. de rév. 19 juin 1920, *Robe*, 1921, p. 16.

par les termes du décret sur le choix à faire entre loi musulmane et loi kabyle suffit pour qu'il y ait conflit¹¹.

7° Enfin — l'espèce a été soumise en 1919, à la Cour d'Alger — les filles chrétiennes d'un musulman doivent elles être écartées de la succession de leur père selon la loi coranique ou admises à cette succession selon la loi française¹² ?

Nous voici donc arrivé sans transition brusque et par une sorte de dégradé au cas de l'indigène converti. De lui aussi, indigène musulman par son origine, chrétien par sa religion, on peut douter s'il doit d'après la lettre des décrets être soumis au statut personnel français ou musulman. Pas n'est besoin - les exemples précédents nous l'ont prouvé - pas n'est besoin, pour qu'il y ait conflit, de deux communautés envisagées dans leur fonction législative ou juridictionnelle qui se disputent la connaissance et la solution d'un rapport de droit. Il suffit que le moindre élément d'extranéité dans le litige vienne faire hésiter le juge entre les lois de deux communautés différentes. Tel est bien le cas dans l'hypothèse d'une conversion de l'islamisme au catholicisme. Aussi pensons-nous qu'on ne peut refuser à notre hypothèse le caractère de conflit qu'on accordait volontiers aux espèces précédentes.

* * *

Mais une preuve plus directe est possible, tirée de la nature même du conflit de lois et non plus seulement d'un raisonnement analogique comme celui que nous venons d'esquisser.

11. M. Larcher, cite bien ce cas (*Trailé*, III, p. 404) dans un paragraphe intitulé : « conflits ».

12. La Cour d'Alger ne l'a pas cru. Le dispositif du jugement qualifie deux fois le litige de « conflits de lois » (Alger 30 juin 1919, *Rebe*, 1921, p. 39).

C'est, croyons-nous cette hésitation possible du juge qui constitue le caractère fondamental de ce qu'on appelle à tort un « conflit ». Après, mais après seulement, s'ajoutent d'autres traits que nous analyserons plus bas et qui, comme les espèces dans un genre, permettent de distinguer conflits internationaux et conflits non-internationaux.

Nous continuerons à nous servir de ce terme de « conflit » puisqu'il est consacré ; mais il faut le vider résolument de toute signification de lutte entre lois différentes. M. de Lapradelle écrivait en 1914, dans sa Préface au *Traité de Droit International Privé* de L. von Bar : « Avec lui la vieille expression de conflits de lois, si dangereuse en ce qu'elle donne à notre science le faux aspect d'une arène où les lois luttent pour la suprématie, fait place à l'expression de compétence législative qui traduit mieux son véritable aspect de laboratoire où l'on cherche la règle la plus qualifiée pour s'appliquer à un rapport de droit¹³ ».

Pour se convaincre que cette hésitation, cette recherche, constituent bien la caractéristique foncière d'un conflit, il suffit de lire les premières pages d'un traité de Droit International Privé où l'auteur, sans prétendre dès l'abord systématiser autour de l'idée de souveraineté chère à certains, ne cherche qu'à donner au lecteur une description claire d'un conflit. Si l'on consulte par exemple le *Précis de Droit International Privé* de M. Arminjon, on y rencontre à chaque page des mots qui traduisent comme caractéristique ce doute raisonnable du juge.

Définition du Droit International Privé : « L'ensemble

13. Lapradelle, Préface au *Traité théorique et pratique de Droit International privé* de L. von Bar. trad. Hatt, Paris, 1914. En effet autant le mot conflit et l'idée qu'il évoque sont exacts quand il s'agit des conflits de juridiction ou d'attribution de la procédure interne, où deux tribunaux s'arrogent la connaissance d'un litige, autant le terme et l'idée sont inexacts quand il n'y a qu'un juge hésitant à choisir entre deux règles de droit.

des règles de chaque législation qui, dans le cas où les législations, les juridictions, les autorités par lesquelles sont régies normalement certaines collectivités, *semblent* simultanément applicables ou compétentes, désignent celle d'entre elles qui doit fournir la solution de la difficulté ou dont la solution doit être suivie¹⁴. »

« Les questions de Droit International Privé sont celles dont la solution *semble* devoir être cherchée dans l'une des lois de deux systèmes juridiques entre lesquels il faut choisir pour trouver une solution¹⁵ ».

« Ce qui sans ranger ces espèces dans une classe à part, leur donne un caractère spécial, c'est que ceux qui entreprennent de résoudre le point litigieux qu'elles posent, *peuvent hésiter* entre plusieurs lois, car certains faits de la cause *paraissent* rattacher la question à l'une et certains à l'autre¹⁶ ».

« Cette discipline a pour objet de régler les questions qui *semblent* impliquer le concours des législations de deux ou plusieurs systèmes juridiques¹⁷ ».

«... lorsque les lois d'autres communautés humaines *semblent* également applicables¹⁸ ».

Mais M. Arminjon qui, comme on le sait, ne veut pas voir dans les conflits de lois, des conflits de souveraineté, peut sembler suspect. M. Bartin qui lui au contraire a donné à la notion de souveraineté une place prépondérante en notre matière, ne parle pas autrement quand il s'agit de décrire un conflit : « Le conflit international de lois, dit-il présente à première vue ce caractère très net *d'impliquer*

14. Arminjon, *Précis de Droit International privé*, I., p. 4.

15. *ibid.* p. 5.

16. *ibid.* p. 5.

17. *ibid.* p. 103.

18. *ibid.* p. 83.

dans l'esprit du juge un doute sur la détermination de la loi applicable. Il y a des raisons diverses qui se balancent ou qui se contrarient pour appliquer au litige telle législation ou telle autre.... Il y a *doute dans l'esprit du juge*, ce qui veut dire que la solution dépend de l'intervention de règles multiples de conflit¹⁹ ».

Bien mieux, c'est ce doute possible du juge qui fournit à M. Bartin un critérium pour rejeter certains litiges hors du domaine des conflits de juridiction et des conflits de lois. « En matière de nationalité, dit-il, il ne peut y avoir dans un Etat donné ni conflit de juridiction, ni conflit de lois²⁰ ». Et pourquoi ? « Le juge saisi ne peut avoir en ce cas *aucune hésitation* du même genre (que celle qui se produit dans un véritable conflit). Il n'a pas à appliquer d'autre loi que la sienne, aucune règle générale quelconque ne pouvant lui être imposée pour l'inviter à soumettre la solution de la question de nationalité à une loi étrangère quelconque²¹ ». Donc même si la loi étrangère s'oppose en cela à la loi française et revendique l'individu comme sien, ce qui semblerait au premier abord un exemple crucial du heurt de deux législations, on ne peut pourtant dire qu'il y ait conflit car le juge français n'a pas à hésiter ; (M. Bartin appelle ce cas « contrariété de législation »).

Ainsi donc là où le juge peut hésiter légitimement, il y a conflit, là où une seule loi se présente sûrement comme applicable, il n'y a plus de conflit, même si la contrariété est complète. N'est-ce pas dire équivalamment que le véri-

19. Bartin, *Principes*, p. 6. Sans doute serait-il plus vrai de dire que les règles de conflit existent pour lever l'hésitation possible du juge, laquelle constitue le fait premier et essentiel.

20. *Principes*, p. 6.

21. *Principes*, p. 7.

table conflit a lieu dans l'esprit du juge entre les titres de telle ou telle loi à régler le rapport litigieux ? C'est ce que M. Arminjon, par une réminiscence littéraire, a appelé quelque part une « tempête sous le crâne du juge ».

Et donc devant l'hésitation légitime du juge à soumettre un musulman converti non naturalisé à l'un ou l'autre statut français ou musulman, il nous semble permis de dire que l'on est en face d'un véritable conflit de lois.



Nous avons jusqu'ici volontairement négligé de distinguer entre conflits internationaux de lois et conflits non internationaux. Non pas que nous soyons disposés à les confondre, mais ce caractère d'offrir matière à l'hésitation du juge leur est commun et les caractérise comme conflits, Etant admis que le cas de l'indigène converti constitue un conflit colonial, il importe maintenant de distinguer ce conflit d'abord des conflits internationaux, ensuite des autres conflits non internationaux, en particulier du conflit d'annexion.

On sait que, désireux d'une généralité plus grande dans la position des problèmes, certains auteurs ont voulu englober dans le Droit International Privé - qu'ils déclaraient d'ailleurs pour cette raison fort mal dénommé - les conflits non internationaux avec les conflits internationaux. Dans cette synthèse plus compréhensive ils prétendent faire entrer les règles des conflits interprovinciaux ou coloniaux, ou même nient que ces conflits doivent se trancher par des règles propres. Les uns pensent que les solutions ne peuvent être différentes puisqu'elles doivent être

déterminées par la nature du rapport litigieux²². D'autres considérant la notion de conflit de souveraineté comme également absente de toutes les collisions légales, jugent inutile de séparer les conflits internationaux et non internationaux²³.

Par contre la plupart des auteurs s'accordent à maintenir l'originalité spécifique de ces deux sortes de conflits, et à voir entre elles une différence non seulement d'objet mais de nature²⁴. En effet le conflit international se produit entre deux lois souveraines qui ont par conséquent des titres égaux à s'appliquer ; au contraire le conflit d'annexion ou le conflit colonial a lieu entre deux lois qui, bien que régissant une communauté juridique différente (territoriale dans le conflit d'annexion, sans attache avec un territoire dans le conflit algérien), émanent pourtant du même souverain et ne fournissent matière à conflit, nous l'avons vu, qu'en se disputant les préférences du juge.

Sans doute c'est un effort très intéressant que celui de M. Arminjon, qui pour parvenir à une généralisation plus grande, tente de diviser les groupes humains d'après leur législation non pas seulement en états, mais en systèmes juridiques. Mais nous nous rallions sans hésiter à

22. Témoin ce paragraphe d'un apriorisme magnifique : « Une simple remarque suffit à réfuter toutes ces théories. Il faut en Droit International Privé considérer uniquement ce qui répond à la nature des choses. Or une théorie qui admet des différences de principes entre le régime applicable aux lois d'Etats différents et celui qui convient aux lois particulières du même Etat, peut uniquement se fonder sur une solution contraire à la nature des choses, donc irrationnelle, soit en ce qui concerne les relations entre différents Etats, soit en ce qui concerne les relations entre différentes provinces ou parties d'un même Etat » (de Bar, *trad. Hatt.*, p. 153).

23. Arminjon, *Précis*. I, p. 114 : « Les conflits de lois ne sont nullement des conflits de souveraineté, les règles de Droit International Privé, se justifient comme toutes les autres règles légales par l'idée de justice et leur seule fin est d'obtenir une solution équitable et utile ». Cette idée est développée aussi dans Arminjon, *Le domaine du Droit International privé*, Clunet, 1922, p. 905.

24. Niboyet, *Précis*, p. 18 ; Bartin, *Principes*, p. 10.

la seconde théorie qui distingue radicalement notre conflit non international d'un conflit international. M. Martin a démontré trop clairement dans ses célèbres *Etudes de Droit International Privé*, le rôle du conflit de souveraineté, spécialement dans les problèmes du renvoi et des qualifications, pour que nous insistions sur ce point. Mais il nous faut préciser quelles sont les conséquences exactes dans un conflit de lois de l'absence de conflit de souveraineté.

Il semble que dans toute règle de conflit, international ou non, il faille distinguer deux éléments que nous appellerions la forme de la règle et son contenu. La *forme* de la règle, c'est son caractère impératif ou seulement bénévole, c'est son caractère de « règle de droit public »²⁵ ou de simple expression de courtoisie ; le *contenu* de la règle c'est la disposition elle-même qui applique à tel rapport de droit soit la loi territoriale, soit la loi personnelle, soit le statut d'autonomie. Or nous pensons que la souveraineté des états n'intéresse que la forme de la règle de conflit et non son contenu. La loi de conflit, dit-on, étant une manifestation de la souveraineté française, le juge ne peut accepter les dispositions de conflit d'une autre loi en acceptant le renvoi. Cela est vrai. La qualification d'un rapport de droit étant une manifestation de la souveraineté française, le juge ne peut invoquer une qualification étrangère. Cela est vrai encore. Mais cette loi de conflit et cette qualification manifestent la volonté du souverain français comme toute autre loi par leur forme impérative, et cela suffit, et non pas parce que leur contenu « exprime la conception que le législateur se fait de la souveraineté en

25. Martin, *Etudes*, p. 150.

général et par conséquent de la sienne propre »²⁶. Ce contenu comme celui de toutes les lois exprime ce que, dans tel cas donné, le législateur a cru être l'aménagement le plus juste et le plus avantageux aux divers intérêts en présence.

De cette distinction qui sera de conséquence pour notre conflit colonial, on peut apporter différentes preuves.

Elle explique d'abord les divergences des auteurs de Droit International Privé. Si M. Martin ramène les conflits de lois à un conflit de souveraineté, c'est qu'il envisage la forme des règles. Si M. Arminjon se refuse à y voir autre chose que des essais de solutions justes et équitables, c'est qu'il considère le contenu.

De même M. Martin, ayant merveilleusement démontré que le problème du renvoi et des qualifications, qui concernent la forme des règles, sont des problèmes de souveraineté, ne cherche plus quand il en vient au contenu même des règles de conflit que des solutions justes et équitables²⁷. Au contraire, veut-on extraire le contenu même des règles de conflit de l'idée de souveraineté, on se trouve dans une impasse. En 1894 M. Pillet notait finement : « M. Weiss pense que refuser l'application des lois étrangères, dans le domaine des intérêts privés de la personne, aboutit à blesser la souveraineté du pays auquel elle appartient. On peut soutenir avec autant de raison que l'admission des lois étrangères blesse la souveraineté de l'Etat à qui on prétend l'imposer. MM. Surville et Arthuys se bornent à nier que l'exterritorialité des lois personnelles blesse la souveraineté étrangère. On ne trouve rien de plus dans Audinet²⁸ ».

26. Formule de M. Martin : *Etudes*, p. 146. Voir aussi, p. 15, p. 147, p. 150.

27. *Principes*, p. 174 et seq.

28. *Clunet*, 1894, p. 723, note.

En outre quand un pays change, pour une raison quelconque, ses règles de conflit, peut-on dire que la raison en est dans un changement de « la conception qu'il se fait de la souveraineté en général et par conséquent de la sienne propre ». Si par exemple la France demandait, comme on l'a suggéré²⁹, aux pays qui nous envoient le plus d'émigrants, et si ces pays acceptaient de renoncer à la règle qui fait régir le statut personnel des étrangers par leur loi nationale, qui en verrait la raison dans un changement de l'idée que la France et ces pays se font de la souveraineté ? Et surtout si la France modifiait ainsi ses règles de conflit avec tel pays et non pas avec tel autre, faudrait-il lui attribuer deux conceptions de la souveraineté ? Enfin peut-on ajouter, cette idée que la France se fait de sa souveraineté en général, devrait entraîner des conséquences absolues ; nous voyons pourtant un pays se permettre d'être infidèle à son propre système de conflit par des dispositions dites d'ordre public international.

Il faut donc pour découvrir la portée des règles de conflit recourir à l'étude de leur *forme*, qui leur est donnée par l'impératif souverain de l'Etat ; mais pour élaborer leur *contenu*, un autre critérium sera nécessaire, ou bien un critérium général comme le « but social » de M. Pillet³⁰, ou bien des considérations d'équité ou d'utilité, propres à chaque cas envisagé.

De cette analyse, pour le conflit qui nous intéresse, ressortent les conséquences suivantes : 1° Puisque les deux lois en présence émanent d'un souverain unique, la forme de la loi ne pourra jamais rendre le conflit insoluble, deux

29. Battifol, *La capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris, 1929.

30. Niboyet, p. 413. M. Niboyet ajoute « compte tenu du procédé technique par lequel ce but social est atteint ».

impératifs opposés et également forts ne se heurteront pas irréductiblement : il n'y aura pas de renvoi, la loi dominante devra donner les qualifications³¹; 2° Cette absence de conflit de souveraineté ne peut absolument rien apprendre sur le contenu des règles de conflit; 3° De ce que le conflit ne sera pas irréductible, il ne s'ensuit pas qu'il disparaisse. En effet le législateur unique pourra toujours en principe lever définitivement l'hésitation du juge qui constitue le conflit; en attendant cette intervention le conflit subsistera.

Nous aurons à revenir sur ces trois points en traitant du renvoi et des qualifications à propos de l'indigène musulman converti³², en recherchant quel contenu des règles de conflit peut s'appliquer à son cas, enfin à préconiser une intervention du législateur, pour résoudre définitivement ce problème. Qu'il suffise ici de les avoir extraits de l'analyse du conflit non international.

En résumé deux tendances s'affrontent; les uns identifient indûment le conflit colonial non international et le conflit international; les autres ayant fait remarquer qu'il ne s'agit là que d'un conflit sans souveraineté, semblent considérer toute difficulté levée par le bénéfice de cette remarque³³. A l'encontre de ces deux excès, nous croyons avoir montré que le conflit non international colonial n'est jamais insoluble définitivement, que le contenu de la règle qui doit le trancher n'est nullement déterminé par l'absence de conflit de souveraineté, enfin que le conflit subsiste jusqu'à l'intervention toujours possible du législateur.

31. C'est aussi la conclusion de Niboyet, *Précis*, n° 67.

32. *cf. infra.* p. 92 et 97.

33. Par exemple Solus dans *Répertoire de Droit International privé*, au mot « Colonies ».

*
* * *

Nous emprunterons pourtant à M. Arminjon une partie de son vocabulaire pour décrire notre conflit colonial. Nous emploierons l'expression loi musulmane et loi française pour désigner la règle de droit qui régit la communauté juridique française ou musulmane. Pour désigner cette communauté elle-même nous préférons le mot de « système juridique ». En voici la définition : « Le système juridique est un groupe de personnes unies par une règle juridique qui ordonne les principaux éléments de leur vie sociale et habituellement en outre (ce caractère n'est pas essentiel) par des institutions juridictionnelles ou administratives »³⁵. Un système juridique n'est donc pas un État ; il peut se trouver privé des droits que nous considérons comme régaliens. C'est une notion plus générale. « Ce qui caractérise un état, c'est une organisation gouvernementale qui exerce la souveraineté ; pour qu'il y ait système juridique il suffit d'un ensemble de règles légales ». A la différence de la notion d'État, notion récente non universelle, peut-être transitoire, la conception du système juridique est naturelle, réalisée partout où se trouve des hommes réunis³⁶. Par exemple la communauté juridique française est un système juridique qui coïncide avec un État ; au contraire les communautés juridiques des départements recouverts d'Alsace-Lorraine, ou d'un canton suisse, ou du peuple kabyle forment autant de systèmes distincts non confondus avec un État souverain. On devra

34. de Bar dit « communauté juridique ».

35. Arminjon, I, p. 73-98.

36. Nous laissons de côté le caractère d'autonomie que M. Arminjon ne précise sans doute pas assez. Le sens étymologique du mot autonomie (Se donner des lois à soi-même) semble interdire d'en faire un caractère de tous les systèmes, même subordonnés.

donc distinguer les systèmes unitaires, où État et système coïncident ; les systèmes conjoints : plusieurs systèmes sont réunis sous une seule souveraineté, l'ensemble formant un système complexe ; enfin les systèmes territoriaux ou personnels : « les premiers ayant pour sphère d'application un territoire sur toute la surface duquel s'applique normalement la législation qui relie la collectivité humaine matière de ce système, les seconds n'étant pas liés à un territoire spécial, mais s'enchevêtrant sur le même, par une sorte d'indivision, comme les systèmes algériens³⁷ ».

Le conflit qui nous occupe a donc lieu entre deux systèmes juridiques, l'un dominant, l'autre subordonné ; le système musulman ou kabyle étant de plus un système personnel au sens qui vient d'être défini.

Ayant distingué le conflit qui nous occupe des conflits internationaux, nous allons tenter de le caractériser comme conflit colonial algérien différent des autres conflits non internationaux.

* * *

Le conflit colonial algérien est un conflit entre deux systèmes juridiques conjoints : système français et système musulman ou kabyle. Le système français y joue le rôle de système dominant. Le système musulman apparaît comme subordonné, c'est-à-dire presque totalement privé d'autonomie, réduit à ne plus régir que certains rapports de droit. Enfin il est personnel, ce qui signifie que sur le territoire algérien où se mêlent citoyens français, étrangers et sujets indigènes musulmans, il ne régit que ces derniers, qualifiés par leur origine et non par le territoire qu'ils habitent.

37. Arminjon, *Clunet*, 1922, pp. 909, 910.

Le conflit colonial algérien n'a pas de traits communs avec le conflit interprovincial ordinaire, sauf l'absence de conflit de souveraineté. En effet dans le conflit interprovincial ou intercantonal, chacun des systèmes juridiques en présence possède une autonomie législative au moins partielle. Le canton suisse ou l'Etat d'Amérique continue à légiférer ; il s'agit là de ce qu'on a appelé une « loi vivante »³⁸. Au contraire le conflit colonial algérien ne va pas sans ressemblance avec le conflit d'annexion³⁹ tel qu'il se produit par exemple dans les départements recouverts d'Alsace et de Lorraine, où la France a laissé les lois locales partiellement en vigueur. Dans l'un et l'autre cas, se trouvent en présence un système dominant et un système subordonné privé d'autonomie législative : une « loi morte »⁴⁰, de sorte que la législation du système subordonné, ou bien reste la même qu'avant l'annexion, ou ne se modifie que par l'intervention du législateur français⁴¹.

Nous noterons les traits communs aux deux cas de conflit : l'acception particulièrement large que prend la notion de statut personnel, surtout la nationalisation ou

38. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Thèse, Paris, 1925. M. Eliesco croit voir dans le conflit entre la législation de divers États d'Amérique, un conflit de souveraineté. Nous croyons préférable la conception de M. Bartin qui n'y voit qu'un conflit « entre deux législations dépendant de la même souveraineté » (*Principes*, p. 16). Autrement il faudrait admettre que les conflits de coutume de l'Ancienne France, étaient des conflits de souveraineté. Certains, il est vrai, n'hésitent pas à le faire. (Niboyet, *Manuel*, p. 20).

39. Il ne s'agit que du conflit d'annexion dans l'espace, au cas où l'annexant a conservé aux annexés le bénéfice de leurs lois et juridictions. Quant aux conflits mobiles à propos d'un rapport de droit né avant l'annexion, ou conflits d'annexion dans le temps, il faut y voir avec M. Bartin (*Principes*, pp. 31 et suiv.) de véritables conflits internationaux.

40. Eliesco, *ibid.*

41. Sauf les quelques réserves que nous avons cru devoir faire plus haut. à propos des coutumes algériennes.

naturalisation⁴² de la loi annexée qui fait que la loi d'origine allemande ou d'origine algérienne est devenue loi française. Nous examinerons ce qui dans le conflit algérien empêche cette unicité de l'impératif français de produire, les effets qui sont normaux dans un conflit d'annexion ; enfin quels traits originaux caractérisent ce conflit entre la loi française et une loi considérée non seulement comme subordonnée mais comme inférieure, et aussi personnelle d'une personnalité toute spéciale.

La notion de statut personnel, avons-nous dit, se trouve élargie d'ordinaire⁴³. En effet en Algérie comme en Alsace-Lorraine la dévolution des successions est régie par la même loi qui régit le statut personnel du *de cujus*, sans distinction entre masse mobilière et masse immobilière⁴⁴. La procédure de partage reste seulement soumise à la loi française quand il s'agit d'un immeuble francisé⁴⁵. Notons qu'il en est ainsi par une disposition expresse du législateur de 1889 qui a pris soin de spécifier : « les musulmans continuent à être régis par leurs droits et coutumes en ce qui concerne le statut personnel, leurs successions...⁴⁶ ». Au contraire le législateur de 1865 déclarait les Juifs français mais continuant à être régis par leur statut personnel, sans étendre nommément ce statut aux règles successorales : la Cour de cassation a jugé que la dévolution des

42. Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace-Lorraine*, p. 115.

43. On a même voulu faire de cette extension la caractéristique du conflit colonial, cf. Lainé, *Introduction au Droit International, privé*, I, p. 68.

44. cf. loi du 24 juillet 1921, et Audinet, *Solution des conflits d'Alsace-Lorraine*, Clunet, 1921, p. 809. — Quelques jugements algériens se sont écartés de ce principe : Alger 31 mars 1908, R. A., 1909, 2, 247 et 13 janvier 1891, R. A., 1891, 2, 178.

45. Loi du 28 avril 1887.

46. Décret du 17 avril 1889, art. 1.

successions serait placée sous l'empire de la loi française⁴⁷.

Mais le trait principal qui caractérise le conflit algérien comme le conflit d'annexion, c'est la substitution de l'impératif français à l'impératif du pays annexé. Cette substitution influencera non pas le *contenu*, mais ce que nous avons appelé la *forme* des règles de conflit.

En effet une seule souveraineté s'étend sur la France et sur l'Algérie, sur tous les français admis ou non aux droits de citoyens. Dès le jour où l'occupation française est devenue une véritable annexion - sans doute le 22 juillet 1834 par l'ordonnance qui donna à l'Algérie le nom de « possession française » - les lois et coutumes conservées par le conquérant aux peuples conquis sont devenues des lois françaises. Elles ont été comme portées à nouveau, à nouveau mises en vigueur dans notre nouvel empire. Car, comme on l'a dit « la notion de souveraineté étant essentiellement relative, et par suite variable, il est impossible de parler de cession de souveraineté au sens propre du mot. Entre deux souverainetés qui s'établissent l'une après l'autre il y a nécessairement solution de continuité absolue⁴⁸ ».

Il y a donc une grande différence entre l'application du rite ibadite par un juge français statuant au musulman, et l'application de la loi anglaise par un tribunal de la métropole. Dans le second cas le législateur français édictant la loi de conflit emprunte la loi étrangère au législateur étranger qui l'a faite. Cette loi étrangère intervient en France sans contracter aucune attache avec le pouvoir législatif français : elle garde en France son caractère d'im-

47. Arrêts cités dans Larcher, *Traité*, II, p. 384.

48. Gidel, *Des effets de l'annexion sur les concessions*, Thèse, Paris, 1904.

« pératif étranger⁴⁹. Au contraire ce sont des règles édictées par le législateur français que ces lois qui nous paraissent répugnantes comme celle du Code ibadite qui régit les indigènes du M'zab : « La femme peut être amenée au mari, fût-elle en bas âge, alors même qu'elle ne serait pas encore sevrée⁵⁰ ».

*
* * *

On pourrait à la légère en conclure que l'unicité du législateur fait disparaître tout conflit : le législateur unique ne pouvant se mettre en contradiction avec lui-même, vouloir à la fois et ne pas vouloir. Il n'en est rien ; ce qui prouve que nous avons eu raison plus haut de placer l'essence du conflit, non pas dans le heurt des souverainetés, mais dans la légitime hésitation du juge entre les lois de deux systèmes.

Que les deux législations aient un auteur unique, cela ne supprime pas le conflit. Mais que les règles de conflit elles-mêmes dérivent d'une seule autorité, qu'elles lui empruntent non seulement leur contenu mais ce que nous avons appelé leur forme impérative, ceci doit avoir des conséquences sur la rupture possible de communauté juridique.

On a dit⁵¹ qu'il y avait dans ce cas impossibilité de toute rupture de communauté juridique. Cette formule peut faire supposer que la question du renvoi, et celle des

49. Bartin, *Principes*, p. 274 et aussi 293 note.

50. *Le Nil*, paragraphe 27, cf. trad. Zeys, *R. A.*, 1890, 1, 54 et A. M. Goichon, *La vie féminine au M'zab*, passim. On a discuté sur la date de l'annexion du M'zab : fallait-il la faire remonter au début de la conquête ou seulement à l'occupation effective ? Cf. Cour d'appel d'Alger, 28 mars 1922, *R. A.*, 1925, 2, 112 : Conclusions du substitut Godin et note de M. Rectenwald. Quoiqu'il en soit le Nil à l'heure actuelle peut être dit loi française. Un arrêt récent du Conseil d'Etat (15 mai 1925, *Dalloz hebdomadaire*, 1925, p. 390), a précisé que le M'zab ne constitue pas un pays de protectorat, mais fait partie des Territoires du Sud.

51. Eliesco. *op. cit.*

qualifications ne pourront même pas se poser. Nous croyons au contraire qu'elles peuvent se poser. En effet si le pays annexant, en conservant la législation de l'annexé, a conservé par là même les règles de conflit de cette législation, les deux systèmes de conflit peuvent se révéler « inconvertibles⁵² ». Si l'annexant et l'annexé professent des règles de conflit identiques, des difficultés peuvent encore surgir à propos de la qualification d'un rapport ou d'un sujet de droit. Enfin l'annexant, tout en nationalisant en bloc la loi de l'annexé, et en posant par là des règles de conflit interne entre sa propre loi et la loi du peuple conquis, peut se permettre d'être infidèle au système de conflit ainsi élaboré, lorsqu'il le trouve nécessaire pour des raisons de morale et de politique : on se trouve alors en face de dispositions d'ordre public tout à fait particulières.

La rupture de communauté juridique demeure donc possible quoiqu'un impératif unique édicte les deux lois. Il nous faut montrer que le renvoi doit être rejeté, comme dans le conflit international ; que la qualification doit se faire d'après la loi du système dominant, enfin que l'ordre public invoqué dans un conflit colonial est d'un caractère tout spécial.

*
* * *

Il faut d'abord distinguer soigneusement entre l'hypothèse d'un renvoi de la loi du système annexé à la loi du système annexant, et celle d'un renvoi de la loi du système annexant à la loi du système annexé. C'est ce dernier cas seulement qui a été prévu par MM. Bartin et Arminjon.

52. Le mot est de M. Bartin, *Etudes*, Préface, p. III.

Tous deux, d'accord sur ce point, admettent que quand le juge doit appliquer au rapport litigieux la loi civile d'un pays et que cette loi renvoie à celle d'un autre, si le renvoi résulte d'une règle de conflit établie par une autorité supérieure aux deux législations, le juge doit accepter le renvoi. Par exemple si un juge italien doit appliquer à la succession d'un sujet français la loi française, et que la loi française le renvoie aux dispositions du rite malékite auquel appartient ce sujet français, le juge italien doit accepter ce renvoi⁵³. M. Bartin en donne la raison très simple : « Le juge n'accepte pas la substitution d'une règle de conflit à sa propre règle, mais plutôt un complément des règles de conflits internationaux de son pays par les règles de conflits interprovinciaux d'un pays étranger »⁵⁴.

Mais l'hypothèse du renvoi qui peut intéresser le cas

53. « Il y a lieu à renvoi lorsque le système juridique désigné par la loi de rattachement ne contient pas de disposition positive relative à la question, mais seulement une règle de rattachement. Par exemple la loi française soumet l'état et la capacité d'un sujet britannique à sa loi nationale. Or il n'existe point de loi britannique positive sur ce point, mais une loi anglaise écossaise, anglo-normande, canadienne, ou plutôt la loi britannique s'y réduit à une règle de rattachement. Force est donc bien faute de pouvoir faire autrement, d'appliquer la législation que désigne cette règle de rattachement, et par exemple de résoudre la question en cherchant sa solution dans la loi du domicile. - Il y a lieu à renvoi en toute hypothèse dans l'intérieur d'un système juridique complexe, lorsque les règles de rattachement désignent un des systèmes juridiques conjoints qui le composent, en ce sens que la règle positive ou la règle de compétence interne applicable à la question, sera fournie par celui des systèmes juridiques conjoints désignés par les règles de rattachement général communes à tous ces systèmes juridiques conjoints ou par celles du système juridique dominant » (*Clunet*, 1922, p. 918).

Mais M. Arminjon nous paraît méconnaître l'étendue de la question du renvoi quand il ajoute : « Cette distinction entre systèmes juridiques simples et systèmes juridiques complexes résout un des plus difficiles problèmes du droit international privé, en conciliant la thèse des partisans du renvoi et celle de ses adversaires. Il y a lieu en effet certainement et sans objection à renvoi d'un système dominant à l'un des systèmes conjoints qui le composent ; en d'autres termes le renvoi est toujours possible dans l'intérieur d'un système complexe » (*Précis*, I, p. 101).

54. Bartin, *Etudes*, p. 174- *ibid*, p. 170 : « le juge complète par l'observation en sous ordre, des dispositions de conflit d'un autre pays qui ne visent pas des conflits internationaux. »

de l'indigène converti est toute autre. C'est le renvoi de la loi du système annexé à la loi du système annexant. Or on ne voit pas, si l'hypothèse du renvoi pouvait se présenter au juge avant l'annexion, pourquoi il cesserait d'en être de même après. Pour prendre un exemple, on peut supposer une espèce analogue à la fameuse affaire Forgo : la loi française du 24 juillet 1921 soumettant un litige à la loi du statut personnel c'est-à-dire à la loi alsacienne ex-loi allemande, et celle-ci renvoyant à la loi du domicile qui se trouverait être la loi française de l'intérieur. En effet si une opposition peut se produire entre les lois de conflit française et allemande, elle est concevable aussi entre la loi de conflit française et la loi de conflit allemande francisée. De même nous savons qu'on a pu assimiler l'espèce d'excommunication qui frappe le *m'tourni* à un renvoi à la loi du conquérant⁵⁵. La rupture de communauté juridique est donc possible.

Si le renvoi doit certainement être rejeté quand il s'agit d'un conflit international nous pensons qu'il doit l'être aussi quand il s'agit d'un conflit interne. Il y aurait aussi une vraie substitution de l'ancienne souveraineté de l'annexé à la souveraineté de l'annexant unique législateur, si le juge en décidait autrement et ce serait nier l'effet même que tous reconnaissent à l'annexion⁵⁶. Il faudra

55. Cf. *supra* Mary : « Appliquer dans ce cas la loi musulmane c'est la violer. »

56. Il y a donc trois hypothèses possibles, dont les deux premières seules nous intéressent ici : 1° La loi à laquelle renvoie la règle de conflit est elle-même une loi de conflit interne et le renvoi est admissible. (Hypothèse de MM. Bartin et Arminjon). 2° la loi à laquelle renvoie l'ancien système de conflit de l'annexé est la loi même de l'annexant et le renvoi n'est pas tolérable, nous venons de le dire. 3° la loi à laquelle renvoie l'ancien système de conflit de l'annexé est une autre loi étrangère quelconque ; nous pensons qu'on peut dire que l'ancien système de conflit de l'annexé a été nationalisé par l'annexant et que le renvoi peut s'admettre. Mais cette hypothèse n'intéresse plus le cas de l'indigène converti, aussi n'y a-t-il pas à s'y arrêter.

seulement examiner — et nous le ferons plus bas — si le fait pour la loi musulmane d'être non seulement subordonnée mais encore inférieure ne peut autoriser à invoquer des analyses différentes du renvoi et incliner vers une autre solution.

* *

L'opposition des qualifications à propos d'une même règle de conflit peut se présenter elle aussi. Les mêmes raisons imposent de faire donner les qualifications par la loi française ; il n'y a pas à y insister.

L'existence de dispositions d'ordre public, analogues aux dispositions d'ordre public international, paraît à peine trouver place dans le conflit d'annexion et le conflit colonial. Le législateur ayant porté les deux lois peut-il entrer en contradiction avec lui-même et déclarer contraires à l'ordre public des dispositions édictées par lui ? Il semble que non ; et en fait dans le droit d'annexion cette exception se trouve réduite à presque rien⁵⁷. Il n'en va pas de même dans les conflits coloniaux où la loi du système subordonné, loi française pourtant, nous l'avons dit, est considérée comme une loi inférieure et non plus seulement subordonnée. C'est ce caractère d'infériorité que nous allons étudier maintenant pour achever de décrire les éléments de notre conflit colonial. L'étude de l'ordre public colonial sera abordée d'ensemble⁵⁸ quand nous aurons

57. « Le Code civil allemand maintenu en vigueur dans les trois départements recouverts était devenu loi française. Les tribunaux ont toujours jugé qu'il ne pouvait y avoir heurt d'ordre public entre cette loi française nouvelle et la loi française interne. De sorte que pour des questions de recherche de paternité, on a appliqué à la requête d'Alsaciens le Code civil allemand (devenu Code civil d'Alsace française) tout entier, alors qu'on eût écarté ce Code allemand (resté allemand), s'il avait été invoqué par des Allemands ». (Niboyet, *Manuel*, p. 535).

58. Cf. *infra*, chap. IV.

prouvé que c'est seulement par le recours à cette notion qu'on peut trancher le conflit né de la conversion au christianisme d'un indigène musulman.

*
* *

La loi musulmane est une loi française ; c'est le législateur français, nous l'avons dit qui permet de fréquenter l'enfant ibadite encore au berceau. Il faut bien reconnaître pourtant qu'une différence existe entre la nationalisation d'une loi comme la loi allemande d'Alsace-Lorraine, et la nationalisation des coutumes d'Afrique du Nord. Cette différence on peut l'exprimer d'un mot en disant que la loi musulmane est considérée comme inférieure. Par ce terme, on ne veut pas seulement dire qu'elle est la loi d'un système subordonné, privé d'autonomie et qui ne porte plus de nouvelles lois, ce qui se vérifie dans toute annexion. Cela signifie aussi que, trop éloignée des conceptions juridiques ou morales, que le législateur français considère comme justes, on ne semble lui faire place qu'à regret et ne pas lui ménager les marques de défaveur.

Cette considération peut paraître étrangère à la science juridique ; on peut être tenté de n'y voir qu'une intrusion de la pure morale dans le domaine du droit positif. Pourquoi les lois musulmanes seraient-elles dites inférieures, puisqu'elles sont « l'expression directe de la souveraineté de la France sur ses colonies et sur les populations qu'elles comprennent et auxquelles la France a délibérément conservé leur statut personnel⁵⁹ » ? Nous voudrions montrer que les marques de défaveur du souverain français à leur égard peuvent vraiment les faire qualifier d'inférieures, même sur le plan du droit positif. Que cette

59. *Bartin, Principes*, p. 293, note.

défaveur doive finalement s'attribuer à des raisons morales, n'est pas douteux, mais n'a pas à nous retenir pour l'instant.

Que la loi musulmane algérienne soit traitée comme inférieure, on en peut d'abord apporter comme preuve les empiètements successifs de la loi française, à mesure que la conquête semblait plus affermie, de sorte que les territoires les plus anciennement conquis sont aussi ceux où la loi musulmane a été le plus restreinte dans son application⁶⁰. En outre le juge musulman de droit commun est le juge de paix français, puisqu'il peut même statuer sur les matières où le cadi est compétent, toutes les fois que les parties sont d'accord pour lui soumettre le différend ou que son incompétence n'est pas soulevée *in limine litis*. Si bien qu'un musulman peut ne jamais avoir pour quelque contestation que ce soit, à être jugé par ses coreligionnaires. C'est aussi le juge français qui doit statuer dès qu'un non musulman, même non français, est partie au procès. De même les contrats relatifs à des terres non francisées sont soumis à ce qu'on appelle le statut mixte : « On applique la loi française dès qu'un européen paraît dans la transaction, entre indigènes on applique la loi islamique⁶¹ ».

La loi musulmane ne bénéficie pas des mêmes garanties d'application que la loi française. Ainsi le pourvoi en Cassation n'est ouvert contre les jugements définitifs rendus en matière musulmane que pour incompétence ou excès de pouvoir⁶². Le pourvoi en révision devant la Cour

60. Décret du 8 janvier 1870 pour les territoires de commandement. - du 29 août 1874 pour la Kabylie. - du 17 avril 1889 pour le reste du territoire civil.

61. Larcher, *Traité*, III, p. 165.

62. Par exemple, Cassat. Req. 27 mai 1924, *R. A.* 1925, 2, 66.

d'appel d'Alger, pour erreur de droit dans les matières musulmanes ou coutumières, ne peut être formé que par le procureur général, qui jouit ainsi d'un pouvoir extraordinaire⁶³. Enfin les décisions des tribunaux de Kabylie ne sont pas susceptibles de recours en Cassation même pour incompétence ou excès de pouvoir⁶⁴.

Surtout l'indigène peut toujours opter en faveur de la loi française à propos d'un acte défini. Il ne faut pas confondre cette option avec une simple manifestation d'autonomie de la volonté pour deux raisons : elle est permise en des matières de statut personnel ou aucun système de Droit International privé n'admet l'intervention de l'autonomie ; elle est permise seulement en faveur de la loi française et un kabyle par exemple ne peut opter pour le statut coranique⁶⁵. On est donc fondé à dire que cette option constitue dans la pensée du législateur un moyen d'assimilation, une possibilité d'échapper à une loi qu'il juge inférieure, même s'il l'a « délibérément » conservée.

Cette tendance à restreindre le domaine de la loisujette montre bien que celle-ci est considérée comme inférieure. Nous parlerons plus loin de l'évolution qu'ont subie certaines institutions trop choquantes pour nous et des moyens employés pour la réaliser : c'est toute la théorie de l'ordre public colonial ; qu'il suffise de citer une phrase de M. Larcher fort attaché pourtant, on le sait, à la lettre des textes et fort peu suspect de vouloir donner au juge un pouvoir prétorien : « C'est à titre exceptionnel et par tolérance que les indigènes sujets français restent soumis en certaines matières à la loi musulmane : soumettre la femme et les

63. Critiqué par Larcher, *Traité*, II, p. 208.

64. Cassat. Req. 26 mai 1894, *R. A.*, 1894, 2, 362.

65. Cf. Ch. II, note 44 et 45.

66. Cf. *infra*, Ch. IV

enfants à la loi française c'est leur faire faire retour à la règle ». (Il s'agissait de savoir si au cas de naturalisation du mari musulman, la femme serait aussi considérée comme citoyenne française)⁶⁷.

C'est donc un caractère du conflit algérien que de se produire entre la loi française et une loi inférieure. Il faut noter aussi que cette loi annexée que nous avons qualifiée de morte est en grande partie coutumière et que le conflit prend de ce fait une physionomie spéciale. Nous avons discuté plus haut l'hypothèse que la coutume indigène pût continuer à se modifier spontanément selon sa nature interne de coutume et sans l'intervention du législateur français.

Nous n'avons pas cru devoir admettre qu'il en fût ainsi ; mais on peut pressentir que cette différence de nature entre les deux lois, l'une nette et tranchée comme un texte, l'autre qui tendrait à être mouvante comme un usage si la loi française ne lui donnait une arbitraire fixité, que cette différence puisse orienter l'indécision légitime du juge, essence du conflit.

Reste enfin à ajouter un dernier trait à cette description du conflit colonial : la personnalité très spéciale de la loi indigène. Cette personnalité est tout à fait comparable à celle des anciennes lois barbares. Sur un même territoire vivent deux populations, deux races l'une envahie l'autre conquérante - il faut bien appeler les choses par leur nom. - Les dispositions qui gouvernent le statut des

67. Larcher, *Traité*, II, p. 596. - En effet l'indigénat pour les personnes le régime musulman pour les terres, constituent des survivances, ont un caractère transitoire. L'évolution n'est jamais possible que dans un sens : on cesse d'être un indigène, une terre est francisée, jamais on ne redevient indigène, jamais une terre ne retombe sous le statut mixte.

biens changent avec les propriétaires, de même celles qui gouvernent les conventions et l'attribution des litiges à tel ou tel forum. Si l'on met à part les résultats de la francisation de certaines terres, qu'on peut comparer au remplacement de la personnalité des lois barbares⁶⁸ par la territorialité des lois féodales, on doit reconnaître qu'aucun critère territorial ne vient départager le domaine des deux lois⁶⁹. Les résultats sont les suivants, importants pour le conflit né de la conversion de l'indigène : on ne peut jamais invoquer la règle *locus regit actum* ; on ne peut se référer à une *lex fori*, puisque précisément c'est la loi des parties qui fait que le juge statue au français ou au musulman, et qui par conséquent détermine la loi du for.

*
* *
*

Telle apparaît la physionomie générale du conflit algérien. Il fallait y insister et le montrer différent des autres conflits sans souveraineté. Reste à décrire les traits originaux du conflit qui naît de la conversion au christianisme d'un indigène musulman.

Ceci peut se faire très brièvement. La conversion de l'indigène musulman donne naissance à un conflit de lois civiles et de lois pénales. En effet les deux questions sont distinctes : le converti continue-t-il à être régi par la loi coranique ou les *kanouns* en ce qui concerne les lois civiles ? Doit-on lui appliquer les lois répressives française, spéciales aux indigènes, ou l'en affranchir comme s'il était na-

68. Niboyet, *Manuel*, p. 409, note. Contre la notion de personnalité de M. Weiss.

69. Il en va différemment en cas de conflit entre lois indigènes : « En matière réelle disent les décrets du 10 septembre 1886 et du 17 avril 1889, entre arabes, kabyles, ibadites ou musulmans étrangers, la loi ou la coutume applicable est celle de la situation des biens ».

turalisé ?⁷⁰ C'est de plus à la fois un conflit de lois et un conflit de juridiction, et l'on a vu dans la première partie à propos de quels litiges il peut se poser. Enfin aucun élément territorial ne peut intervenir pour aider à le trancher.

On chercherait en vain à faire appel à un système général de solution des conflits. En effet ces systèmes de solution font prédominer soit la loi personnelle, soit la loi territoriale entre lesquelles on peut hésiter, ce que M. Pillet appelle sacrifier ou bien la généralité ou bien la permanence de la loi. Or ici le conflit s'élève entre deux statuts personnels. Ou bien encore les systèmes généraux délimitent l'étendue du statut d'autonomie, or ici le conflit s'élève en des matières où toute loi est impérative et où on ne peut invoquer l'autonomie de la volonté.

Peut-être pourrait-on songer à faire appel à ce que M. Pillet appelle « le but social de la loi ». Le but social de la loi française qui attribue compétence à la loi musulmane étant de respecter la conscience du Croyant indigène, cette loi n'aurait plus d'objet si l'indigène devient chrétien. Mais cette argumentation ne serait qu'un trompe-l'œil. En effet le « but social » d'une loi, c'est ce qui permet de savoir qui doit céder de la généralité ou de la permanence de la loi ; c'est la pierre de touche qui révèle le caractère *abstrait* de la disposition légale : les lois de police et de sûreté ont pour but social d'assurer la tranquillité du pays elles s'imposent donc aux étrangers, la permanence le cède à la généralité ; les lois sur la capacité juridique ont pour but de protéger l'individu contre lui-même, elles suivront donc le national même à l'étranger, la généralité

70. On a vu que M. Larcher (*Clunet*, 1908) répond affirmativement à ces deux questions ; M. Mary seulement à la première, mais négativement à la seconde.

le cède à la permanence. Le but social peut donc servir à caractériser la loi de statut personnel en tant que telle, mais non pas à décider de l'opportunité de son contenu dans un cas donné. Autrement le but social ne serait qu'un autre nom pour désigner des considérations d'équité, ce que nous appellerons l'ordre public colonial.

C'est qu'il s'agit ici non pas de conflit entre deux dispositions de droit interne, mais entre les dispositions mêmes de conflit de la loi française et de la loi musulmane. Le législateur français ne donne pas au terme « indigène musulman » un sens purement confessionnel, d'autre part la communauté musulmane considère le converti, le *m'tourni*, comme un excommunié. Il y a donc opposition entre les règles de conflit du système français et du système musulman ; et même une opposition double. En effet 1° la loi française de conflit devrait appliquer au converti non naturalisé la loi musulmane, et d'autre part la loi musulmane l'excommunie et le renvoie ainsi à la loi dominante. C'est le conflit du renvoi. 2° la loi française et la loi musulmane d'accord, l'une pour régir, l'autre pour ignorer le non musulman, entendent diversement cette qualité de musulman, la première qualifiant de non musulmans les naturalisés seuls, la seconde qualifiant de non musulman tout converti au christianisme naturalisé ou non. C'est le conflit de qualifications⁷¹. Il faut les étudier successivement.

*
* *

« Appliquer la loi musulmane au converti, c'est la violer » écrit M. Mary. Puisque cette loi se dessaisit elle-même

71. M. Bartin a noté en matière de conflits internationaux l'« interférence » fréquente dans le même litige de l'hypothèse du renvoi et de celle des qualifications (*Principes* p. 238, note 2, p. 233, note 3).

et ne veut plus connaître l'apostat, c'est aller à l'encontre, et par conséquent à l'encontre des décrets qui la maintiennent et la font loi française, que de vouloir pourtant l'appliquer. Nous avons avancé qu'on pouvait voir là une hypothèse de renvoi interne de la loi annexée à la loi annexante, analogue au moins à celles qui peuvent exister par exemple de la loi allemande d'Alsace à la loi française.

Sans doute on peut être tenté de rejeter toute parité entre les deux cas. La loi allemande, indiquant comme applicable la loi du domicile de fait, renvoie explicitement à la loi française; la loi musulmane elle, se contente de se dessaisir sans spécifier bien entendu si elle prétend soumettre le statut personnel du *m'tourni* à quelque autre disposition. Si pourtant on rapproche notre hypothèse de certaines analyses récentes du renvoi, on sera amené à conclure qu'elle présente les caractéristiques essentielles de ce genre de conflit. En expliquant le renvoi de cette manière que nous allons dire, on en rapproche l'hypothèse spéciale du dessaisissement-renvoi de la loi musulmane, et en outre on lui permet peut-être d'échapper à la condamnation du renvoi interne que nous avons formulée plus haut et qui semblerait devoir lui être appliquée.

On connaît l'analyse assez neuve donnée du renvoi par M. Lerebours Pigeonnière⁷². La loi française par une règle de conflit entend laisser à une loi étrangère le soin de régler un rapport de droit, par exemple la dévolution d'une succession mobilière dont le propriétaire n'est pas domicilié de droit en France. Cette loi étrangère se refuse à remplir l'office escompté; le champ reste donc libre pour une autre disposition. Peu importe que la loi étrangère

72. Lerebours-Pigeonnière, *Observations sur la question du renvoi*, Clunet, 1924, p. 877.

renvoie à la loi française ou à une autre loi, l'essentiel est qu'elle se dessaisisse. Cette place laissée vide ce sera aux règles françaises de conflit de la remplir. Or celles-ci ont prévu le cas où la loi étrangère désignée par les règles de conflit ne pourrait pas s'appliquer (par exemple le cas d'un *heimatlos* à qui on ne peut évidemment appliquer sa loi nationale) et elles ont désigné comme loi applicable celle du domicile. Cette dernière loi joue le rôle de loi subsidiaire qui vient suppléer la loi étrangère défailante, non pas au titre de cette dernière loi mais au titre de loi française de conflit.

Ceci diffère évidemment de l'analyse classique du renvoi où c'est la loi étrangère de conflit qui est appliquée et où la loi française se garde de « refuser le cadeau »⁷³. La solution est en partie la même : la loi étrangère interne n'est pas appliquée ; en partie différente : c'est la loi française de conflit et non une loi étrangère de conflit à laquelle on se range. Mais le principe qui dicte la solution est différent et prétend échapper aux reproches également classiques des adversaires du renvoi.

Nous pouvons transposer cette analyse du renvoi international au renvoi intersystématique entre loi musulmane et loi française. La loi française entend régir seulement les sujets français admis à la jouissance des droits de citoyen ; s'il s'agit d'indigène musulman la loi française entend ne pas régir son statut personnel. Mais cette loi musulmane se refuse à remplir l'office que la loi française attend d'elle, la place reste donc vide. Pour la remplir il faut faire appel non pas à la loi musulmane de conflit - celle qu'on pourrait appeler ainsi est purement négative, c'est un des-

73. Rapport du Conseiller Denis à la Chambre des Requêtes, *Clunet*, 1910, p. 888.

saisissement, une excommunication - il faut faire appel à la loi de conflit française, à la loi française qui établit les frontières entre le système français et le système musulman. Or cette conservation du statut musulman, bien que l'on ne puisse y voir, nous l'avons dit, une faveur à laquelle l'indigène pourrait renoncer hors des cas prévus, n'en est pas moins une mesure exceptionnelle, une tolérance. Autrement dit la règle française inapplicable au musulman n'était que comprimée ou paralysée. Si donc un défaut de communauté juridique se manifeste entre les deux systèmes, si la loi musulmane se refuse à occuper la place qui lui était ménagée, il est dans la logique des règles inter-systématiques que la loi française lui soit substituée. Il y a là un cas analogue à celui de *l'heimatlos* à qui on ne saurait appliquer sa loi nationale, et le musulman converti peut être considéré comme une sorte *d'heimatlos* interne sans statut assignable.

La loi française réapparaît donc, non pas par la vertu de la disposition musulmane de rejet, mais comme loi subsidiaire appliquée à défaut de l'autre par le système français de conflit.

Cette explication échappe aux objections : peu importe que la loi musulmane ne comporte pas de renvoi exprès à une autre loi, puisque ce qui constitue le trait distinctif du conflit de renvoi, n'est pas l'indication d'une loi nouvelle par la règle de conflit, mais le refus de régir le rapport de droit par la loi interne⁷⁴. En outre la souveraineté du système dominant français n'est pas sacrifiée puisqu'il réapparaît non comme délégué du système inférieur, ce

74. On peut si l'on veut distinguer dans le renvoi deux temps : 1°) la loi étrangère se déclare incompétente, 2°) elle indique une autre loi compétente. Ce second temps dans l'explication de M. Lerebours Pigeonnière n'est qu'accessoire, dans le cas du musulman converti, il n'existe pas.

qui constituerait le vice du renvoi, mais comme suppléant par ses dispositions légales à la défaillance, au refus du système musulman subordonné.

On peut dire alors que les règles musulmane et française sont en quelque sorte alternatives, si bien que la seconde s'applique si la première vient à faire défaut.

Que faut-il penser de cette manière de résoudre un défaut certain de communauté juridique entre la loi française et la loi musulmane ? On a fait à la théorie de M. Lerebours Pigeonnière l'objection classique : si la loi appliquée l'est en vertu d'une solution étrangère, les prérogatives souveraines du législateur français sont mises en échec par la législation étrangère ; si au contraire en acceptant le renvoi on prétend appliquer une solution française, le choix de la loi dite subsidiaire est tout à fait arbitraire.

Les mêmes objections se posent à l'acceptation du dessaisissement de la loi musulmane. Le choix de la loi française comme subsidiaire à la loi musulmane ne peut être dit arbitraire puisque les indigènes sont sujets français. Mais si l'on prétend appliquer cette loi indigène en acceptant son refus de régir le statut personnel du converti que la loi française lui soumet, on s'en remet à une décision du système subordonné pour tracer les frontières entre ce système et le système dominant, on retire sur ce point à celui-ci sa qualité de dominant.

Nous pensons donc qu'accepter le renvoi dans les termes où le fait M. Mary n'est pas compatible avec la juste notion de la souveraineté française en matière de conflit. Pourtant la loi musulmane, comme nous l'avons dit, étant non seulement *subordonnée* mais *inférieure*, notre législation ne cessant d'empiéter à ses dépens et semblant viser à une assimilation, il se pourrait que des décisions de

jurisprudence s'emparent des arguments qu'on vient de développer pour donner une solution équitable au cas du musulman converti. Sans doute alors faudrait-il y voir surtout un de ces moyens d'évolution dont le jurisprudence a été habile à user pour restreindre l'empire du droit musulman, quand des raisons d'équité semblaient dicter cette restriction. Ceci nous amènera à parler de l'ordre public colonial.

* * *

Le conflit de qualifications est ainsi indiqué par M. Bartin dans les termes les plus généraux : « des règles identiques de conflit peuvent conduire aux solutions les plus opposées »⁷⁵. En effet deux lois différentes peuvent s'accorder pour soumettre à l'une d'entre elles des sujets de droit, des biens, des actes, des rapports de droit, mais qualifier différemment ces sujets, ces biens, ces actes, ces rapports. Les cas sont fort divers, les exemples classiques : doit-on qualifier tel acte de testament ou de donation, tel droit d'héréditaire ou de matrimonial, tel bien de meuble ou d'immeuble, tel établissement de domicile de fait ou de droit, telle interdiction de faire dresser protêt de prorogation d'échéance ou de prorogation de délai⁷⁶, tel individu d'hermaphrodite ou d'homme normal ?

Le conflit né au sujet de l'indigène converti est donc bien un conflit de qualifications. La loi française prétend n'appliquer la loi musulmane qu'aux musulmans et la loi musulmane de même prétend ne s'appliquer qu'aux musulmans et non pas aux apostats ; mais la définition que chacun donne du mot musulman est, nous l'avons vu, dif-

75. *Etudes*, Préface, p. II. Presque dans les mêmes termes : *Principes*, p. 221.

76. Exemple de Bartin, *Etudes*, p. 19.

férente. Le législateur français par son silence même et par sa division des sujets français résidant en Algérie en deux catégories seulement, qualifie de musulman tout indigène non naturalisé, quelles que puissent être les convictions religieuses de celui-ci. La loi musulmane elle qualifie ce converti de rénégat, de *m'tourni*, de non-musulman. Quelle qualification devra l'emporter ?

Il faut écarter d'abord une objection. Le conflit se présente très rarement au sujet de la qualification d'un sujet de droit. En effet ce qui peut qualifier un sujet c'est ou bien sa nationalité, et alors il n'y a plus de conflit, ou bien un acte antérieurement accompli par ce sujet : mariage par exemple, ou accompli à son endroit : filiation adoption. La question se ramène alors à qualifier ce mariage, cette filiation, cette adoption. De là vient qu'on envisage le plus souvent l'hypothèse d'un « rapport de droit⁷⁷ » à propos duquel se présente le conflit de qualifications et qu'on serait tenté de restreindre le problème à ces termes. Pourtant la qualification de meuble ou d'immeuble à donner à un certain bien ne peut se ramener à la qualification d'un rapport de droit, c'est bien plutôt la qualification d'un sujet de droit. De même un enfant à naître, un être monstrueux, un défunt peuvent être considérés comme sujets de droit ou non, selon les législations. « Le Code civil allemand, dit M. Arminjon, règle minutieusement la détermination des sexes dans les cas douteux, le droit musulman distingue les hermaphrodites des hommes et des femmes, pour ce qui concerne la jouissance et l'exercice de certains droits »⁷⁸. On peut imaginer une espèce où il faudrait choisir entre la qualifica

77. Par exemple, *Bartin, Etudes*, p. 13.

78. *Arminjon, Précis*, p. 129.

tion du droit musulman et celle du Code français qui ne classe les individus d'après le sexe qu'en deux catégories : qualification de sujet de droit sans aucun doute.

La qualité d'indigène musulman, différemment entendue par les deux lois différentes en présence, offre donc bien les caractères d'un vrai conflit de qualifications. D'ailleurs on peut poser la question autrement et l'envisager comme la qualification d'un acte : la conversion religieuse doit-elle être qualifiée de changement de statut personnel ? La loi musulmane répond oui ; la loi française répond non.

Plusieurs solutions peuvent être proposées que nous examinerons tour à tour. La qualification peut être fournie par la *lex fori*, par la loi musulmane ou la loi française, par un recours à l'autonomie de la volonté, elle peut enfin être directement fournie par le juge.

La qualification peut-elle être fournie par la *lex fori* ? C'est la solution à laquelle se rallient la doctrine et la jurisprudence en matière de conflit international. En effet chaque Etat ne connaît et ne peut connaître que la loi qu'il s'est donnée pour résoudre un conflit de lois, il n'a pas à s'incliner devant une conception étrangère à la sienne. C'est donc la loi du for qui qualifie. Dans notre hypothèse, à supposer qu'il doive en être ainsi, il serait impossible de déterminer quelle est la loi du for. En effet dans le système musulman algérien tout conflit de lois est en même temps un conflit de juridictions, puisque le litige n'est soumis au juge musulman ou au juge français statuant au musulman, que si les parties sont musulmanes. On ne peut donc déterminer la loi applicable par la loi du for, puisque c'est le choix du for qui dépend de la loi applicable.

Mais la qualification ne peut être fournie par la loi

musulmane. A la loi du système dominant, qui a fixé la loi de conflit c'est-à-dire les frontières du système subordonné, revient aussi de donner la qualification des rapports ou sujets de droit qu'elle a prétendu viser. Ce n'est donc pas la qualification musulmane de la conversion qui en fait un changement de statut personnel, qu'il est permis de retenir ; mais uniquement la qualification française pour laquelle la conversion est un acte purement religieux sans effets civils.

Peut-on songer pourtant à faire jouer en faveur du converti l'exception généralement admise à la qualification par la *lex fori*, dans le cas d'un rapport de droit soumis à l'autonomie de la volonté ? De même pourrait-on ne qualifier la conversion ni d'après la loi française ni d'après la loi musulmane, mais considérant que l'option est ouverte à l'indigène sujet, admettre qu'il a voulu en se convertissant se soumettre à la loi française ? On ne peut que renvoyer à ce qui a été dit plus haut sur l'option. On sait qu'elle doit être expresse en Kabylie, que partout les formes en sont déterminées et qu'elle n'est permise que dans des cas particuliers. Enfin surtout la faculté d'option ne peut faire du statut personnel de l'indigène un statut d'autonomie. La souveraineté d'un système n'est point lésée si elle s'en remet pour la qualification d'une obligation conventionnelle à la volonté des parties quand elle a décidé par sa doctrine générale des conflits qu'il s'agissait d'un rapport de droit relevant de l'autonomie de la volonté. La souveraineté du système français serait au contraire atteinte, si à la faveur d'un acte qualifié différemment par le système subordonné, un particulier pouvait soumettre à l'autonomie des rapports de droit qu'elle prétend régir impérativement.

Enfin, et c'est la dernière solution, peut-être pourrait-on confier à l'équité du juge le soin de qualifier la conversion. Il n'y aurait point échec à la loi française qu'on ne soumettrait point ainsi à une qualification subordonnée. Cette idée est suggérée par un cas de qualification soumis à une juridiction qui ne pouvait invoquer aucune *lex fori* : la Cour permanente de justice de La Haye : « Il s'agissait, lisons-nous, de donner la qualification du terme liquidation. L'interprétation polonaise différait très sensiblement de celle proposée par l'Allemagne. La Cour n'a tenu compte ni de l'une ni de l'autre des qualifications proposées, et elle a qualifié elle-même ce terme de sa propre autorité comme elle estimait que cela devait être fait. C'est entièrement conforme à la théorie des qualifications d'après laquelle le juge ne peut puiser la qualification dans une des lois applicables au litige, mais dans la *lex fori*. La *lex fori* ici ne peut être la législation en vigueur au lieu où siège le tribunal puisqu'il s'agit d'une juridiction qui n'a pas d'assiette territoriale. Dès lors les juges doivent se former eux-mêmes un système de qualifications, de même qu'ils ont à se créer des règles de droit international privé. Ils déduiront celles-ci des principes généraux du droit tels qu'ils les conçoivent⁷⁹ ».

La juridiction devant laquelle se présente l'indigène converti est, elle aussi, sans assiette territoriale ; le juge ne pouvant invoquer de *lex fori* se ferait donc à lui-même en se basant uniquement sur l'équité son propre système de qualifications. Cette solution et celle qui s'en tient à la qualification française sont les seules à retenir. La seconde est fort dure pour le converti ; la première n'est qu'une

79. Niboyet, *Quelques considérations sur la justice internationale et le Droit international privé*, dans « Mélanges Pillet » I, p. 161.

suggestion ingénieuse pour satisfaire à la fois les règles de droit et les exigences de l'équité. C'est dire qu'ici, comme à l'issue de la précédente critique du renvoi, nous sommes amenés à l'ordre public colonial.

CHAPITRE IV

L'ordre public colonial. — Ses caractères. — Ses manifestations dans la jurisprudence. — Recours à cette solution pour régler le cas de l'indigène converti. — Caractère transitoire de cette solution. — Réglementations légales possibles. —

Nous avons donc parcouru toutes les raisons alléguées pour faire échapper le converti à la loi musulmane et le soumettre à la loi française, sans en trouver une seule qui fût vraiment satisfaisante. A placer la question dans son vrai jour, c'est à dire à la considérer comme un conflit intersystématique, nous n'avons recueilli jusqu'ici que des indications : vouloir résoudre le conflit en s'inspirant du but social de la loi peut suggérer le résultat désiré, mais on peut se demander si l'on est en droit d'attribuer à la loi même qui soustrait l'indigène musulman aux règles françaises un but social d'assimilation, même si cette assimilation reste désirable dans l'hypothèse envisagée. L'examen du conflit de renvoi et du conflit de qualifications amène à résoudre le problème dans le sens désiré, si l'on consent à considérer la loi musulmane comme inférieure et à l'empêcher de prévaloir malgré la lettre des textes pour des raisons d'équité et de politique. Mais ceci est la définition même de l'ordre public colonial. Nous pensons en effet que c'est seulement par le recours à une disposition d'ordre public colonial qu'on peut affranchir l'indigène converti de la loi musulmane.

L'ordre public colonial a été peu étudié¹. Il faut en exposer la définition et les caractéristiques, en rechercher les manifestations, innommées souvent, dans la jurisprudence algérienne, montrer les raisons qui doivent le faire invoquer dans le cas du musulman converti, faire voir enfin le caractère forcément transitoire et dynamique de cette solution et comment elle doit seulement préparer la voie à la réglementation légale. Telles seront les divisions de ce chapitre.

* * *

Le nom d'ordre public colonial a été évidemment calqué sur celui de l'ordre public international en Droit International Privé : c'est un terme aussi vague, sinon peut-être aussi impropre. On sait en effet ce qu'il faut entendre par dispositions d'ordre public international. Il ne s'agit point des lois de police et de sûreté qui s'imposent à tous, étrangers ou nationaux, sur le territoire français (Code civil art. 3). Pas davantage de ces lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et auxquelles on ne peut déroger par une convention particulière (Code civil art. 6). Mais dans certains cas, où d'après les règles françaises de conflit la loi étrangère serait normalement compétente, le juge français se croit pourtant autorisé ou même obligé à être infidèle à ce système général de conflit, il y introduit une exception au nom de l'ordre public international.

De même quand la loi musulmane, qui continue d'après les décrets à régir le statut personnel de l'indigène non naturalisé, devrait s'appliquer, il peut arriver que le juge refuse d'accepter cette application qui découle pourtant rigoureusement des lois françaises. Il invoque alors en propres ter-

1. Cf. surtout Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927. — et Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Thèse, Paris, 1925.

mes, ou le plus souvent sous d'autres noms, l'ordre public colonial. M. Solus donne la définition suivante : « La loi du statut personnel indigène dont le respect a pourtant été proclamé ne peut prévaloir lorsqu'elle est en opposition avec une règle que la nation colonisatrice considère comme essentielle au succès de l'œuvre coloniale ». Cette définition est sans doute trop étroite, puisqu'elle ne mentionne que le statut personnel. Dans les territoires où le régime des conventions continue à être soumis aux règles indigènes, l'ordre public colonial peut intervenir pour restreindre par exemple un taux de prêt considéré comme usuraire pour dénier ses effets à un contrat comme la *bechara*². Nous retrouverons le premier exemple.

Cette définition est en même temps trop large, vu l'extension que M. Solus donne à cette notion dans ses développements postérieurs. M. Solus en effet ne semble pas distinguer entre l'ordre public colonial au sens où nous l'entendons, c'est à dire au sens d'infidélité volontaire du juge aux lois indigènes expressément conservées, et les lois de police ou celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est ainsi qu'il groupe sous la rubrique « ordre public colonial » les dispositions législatives concernant l'état civil, la sécurité des transactions, l'organisation du régime foncier. Ceci revient à énumérer les cas où la loi française s'est expressément substituée à la loi indigène. Il nous semble qu'il s'agit là de cas très différents de ceux qui nous intéressent, auxquels nous réservons le nom de dispositions d'ordre public colonial, et dont M. Solus donne

2. Cf. H. de Baric, *De la bechara, dans ses rapports avec le droit civil et avec le droit pénal*, Thèse, Paris 1911. Quand un propriétaire de bestiaux a été volé, il arrive fréquemment qu'un autre individu vient lui proposer de retrouver les bêtes moyennant une certaine somme. Le contrat ainsi conclu s'appelle *bechara*. Les *bechar* sont trop souvent des complices du voleur. Quand cette complicité est prouvée, le juge applique le Code pénal.

lui-même aussi des exemples : comme l'extension purement jurisprudentielle de la loi française aux règles de preuve par les tribunaux d'Indo-Chine³.

Il n'y a donc pas, selon nous, à parler d'ordre public colonial quand le législateur métropolitain modifie la loi applicable aux indigènes, ce qui rentre dans son rôle normal de législateur, mais seulement quand le juge se refuse à appliquer une loi indigène demeurée certainement en vigueur d'après les textes et qui serait normalement applicable.

Comme la théorie de l'ordre public international, celle de l'ordre public colonial est donc faite d'exceptions. On pourrait en conclure sinon à une identité, du moins à une symétrie parfaite entre les deux théories ; les exceptions dites d'ordre public international étant seulement plus nombreuses que celles dites d'ordre public colonial, à supposer qu'on puisse dresser la liste des unes et des autres. La loi française s'accommoderait des lois étrangères, sauf à mettre à l'application de quelques unes un premier « holà ». Plus accueillante envers la loi de ses sujets musulmans, elle laisserait appliquer un plus grand nombre de dispositions sans protester, et ne refuserait d'en sanctionner que quelques unes tout à fait immorales ou dangereuses. Les deux ordres publics pourraient être comparés à deux cribles de même forme et de même usage, mais le réseau du premier, l'ordre public international, serait seulement plus serré, tandis que le second, l'ordre public colonial ne retiendrait au passage qu'un petit nombre des règles annexées.

Cette symétrie n'est que fallacieuse. Il s'en faut que les deux pratiques s'identifient dans leur fonction de refus, dans leur rôle purement négatif de crible. Rechercher les

3. Solus, *Traité*, p. 297.

caractéristiques des dispositions d'ordre public colonial est indispensable si l'on croit devoir les invoquer pour trancher le cas du musulman converti.

*
* * *

Sans doute la raison d'être de ces dispositions d'ordre public international doit-elle être recherchée dans un défaut de communauté juridique⁴ ou d'interpénétration juridique⁵. Il ne semble pas qu'il faille voir là aussi la raison des dispositions d'ordre public colonial. En effet la communauté juridique est rompue entre la loi française et la loi allemande sur un point très précis, quand la loi allemande semble au juge français s'opposer sur ce point à une solution qu'il considère comme impossible à sacrifier. Mais dans la majorité des cas cette communauté existe et le juge français applique la loi allemande selon la loi française de conflit

Mais il existe des législations dont la plus grande partie des dispositions et les conceptions fondamentales elles-mêmes se heurteraient en France à des dispositions d'ordre public international. On dit alors que ces législations elles-mêmes sont hors de la communauté juridique internationale. Or ce sont précisément des législations de ce type. par exemple la loi musulmane ou la coutume kabyle, qui subissent

4. Bartin, *Principes*, pp. 246, 267.

5. Niboyet, *Manuel de Droit International privé*, p. 532-533. M. Niboyet reproche à M. Bartin comme à Savigny de partir de cette idée de communauté juridique et semble apparenter cette idée avec celle de civilisation. Il y voit sans doute l'ébauche d'un jugement de valeur que rien dit-il ne justifie (en effet, est-il meilleur d'accorder des aliments à l'enfant adultérin ou de les refuser comme le fait la loi française, qui peut le dire ?). Mais nous pensons que M. Bartin qui dans ses *Etudes* déclarait l'idée de droit naturel « illusoire au point de vue philosophique » n'a pas voulu invoquer une considération de cet ordre. Sans doute sa formule de « communauté juridique correspond-elle à celle de M. Niboyet « minimum d'équivalence, interpénétration juridique ». C'est pourquoi nous les employons toutes deux sans distinction.

au nom de l'ordre public colonial beaucoup moins d'échecs, d'entorses, de refus, devant les tribunaux français. La France est donc en communauté juridique beaucoup moins étroite avec la loi islamique qu'avec la loi allemande et pourtant un tribunal français répondra à la première beaucoup moins facilement qu'à la seconde par cette fin de non-recevoir qu'est l'exception d'ordre public.

L'explication réside dans ce fait que la loi musulmane comme nous l'avons dit émane du législateur français. Mais alors la difficulté reparaît. Comment une loi française peut elle être déclarée par un juge français contraire à l'ordre public français ? De deux choses l'une en effet, ou la loi musulmane est traitée comme loi étrangère et va se heurter à chaque instant à la barrière de l'ordre public, ou cette loi est française et doit s'appliquer sans restriction. Certains s'autorisent de ce dilemme pour dénier au juge français tout droit d'invoquer l'ordre public colonial. Nous retrouverons plus bas leur opinion ; qu'il suffise pour le moment d'exposer les caractères de cette exception avant de prouver sa légitimité.

Si cette exception est légitime, il faudra la fonder non pas sur la constatation purement statique d'un défaut de communauté juridique, puisque ce défaut existe entre deux lois qui n'en sont pas moins françaises toutes les deux, mais sur la tendance dynamique à réduire cet écart même entre les deux lois⁶. On pourra contester au juge le droit de céder à cette tendance, mais nous pensons qu'on ne peut analyser autrement le recours aux dispositions d'ordre public colonial

Un autre caractère de cet ordre public si spécial, qui

6. Eliesco , p. 370.

s'apparente au précédent et le distingue de l'ordre public international est le suivant. Quand le juge français écarte une disposition anglaise ou allemande au nom de l'ordre public, c'est pour lui substituer la règle française. On a même pu nommer les exceptions d'ordre public international, règles de rattachement purement national⁷. Au contraire quand il écarte la loi musulmane ou la coutume kabyle, c'est non pas toujours pour appliquer la loi française, mais une solution qui semble équitable. Cela est si vrai que si l'on peut dire que telle règle française est d'ordre public international, comme la solennité du mariage par exemple, ce qui signifie qu'une disposition étrangère contraire ne peut s'appliquer, on ne pourrait dire que telle règle française, les droits du conjoint survivant par exemple, est d'ordre public colonial pour légitimer le rejet de certaine règle kabyle. On peut dire seulement que la vieille coutume de la veuve « pendue » à son mort, c'est à dire dévolue avec la succession du mari, est trop contraire à notre idée du juste pour qu'un juge français puisse l'appliquer. On la rejette au nom de l'ordre public colonial, sans aucune référence à une règle française.

La jurisprudence algérienne à propos du *lefdi* kabyle illustre excellemment ce point. C'est un usage courant en Kabylie que le mari répudiant sa femme est admis à stipuler qu'il devra lui être payé en cas de remariage telle somme qu'il détermine et qui est le prix de rachat (*lefdi*, rançon). Le mari a le droit de fixer un *lefdi* supérieur à la dot qu'il a payée, et même si exorbitant qu'il est impossible à la femme de trouver un nouveau preneur. Mais pour des raisons d'humanité, les tribunaux se permettent de réduire la somme excessive que le mari a mise sur la tête de

7. Arminjon, p. 196.

sa femme à titre de rançon⁸. Il ne peut en effet être question d'appliquer la loi française au milieu d'institutions aussi différentes des nôtres quant à la conception de la dot et du lien matrimonial ; le juge applique donc une solution qui lui paraît équitable et pourtant point trop éloignée des coutumes conservées par les décrets.

En outre, l'application de cet ordre public colonial, qui vient restreindre l'empire reconnu à la loi musulmane, subit une modification importante suivant que le procès est jugé en Algérie ou en France. Dans ce dernier cas l'ordre public colonial peut se trouver dilaté jusqu'aux mesures mêmes de l'ordre public international. En effet s'il est vrai que les règles du droit musulman régissent l'indigène en France comme en Algérie, les tribunaux de la métropole n'ont à le respecter que « dans les limites où toute législation étrangère trouverait son application »⁹. On ne peut

8. J. de P. du canton d'Alger Nord, 2 oct. 1895, *R. A.* 1895, 2, 412 ; 3 février 1897, *R. A.*, 1897, 2, 131 - J. de P. de Maison Carrée, 18 juin 1914, *R. A.* 1915. 2. 87 - Réduction du lefdi : Alger Canton Nord, 17 Oct. 1923 *R. A.* 1922 - 1923, 2, 314.

9. Larcher, *Traité*, II, p. 434, note 5. Ceci peut paraître en contradiction avec un jugement du tribunal de la Seine et un arrêt de la Cour d'appel de Paris, mais ce jugement et cet arrêt n'ont certainement pas envisagé l'hypothèse de l'exception d'ordre public : « le sénatus consulte de 1865, disent-ils en un même texte, constituant une loi française applicable à une certaine catégorie de français, rien ne s'oppose à son application sur le territoire continental de la France et par suite lorsque un algérien décède en France, la succession est régie par le droit musulman. Si les décrets des 10 septembre 1886 et 7 avril 1889 qui disposent que les musulmans non admis à la jouissance des droits de citoyen français continuent à être régis par leurs lois et coutumes en ce qui concerne notamment le statut personnel et les successions, s'appliquent spécialement d'après leurs termes aux musulmans résidant en Algérie, il n'en saurait résulter que le seul fait pour un musulman algérien d'établir son domicile en France ait en ce qui concerne son statut personnel le même effet qu'un décret de naturalisation et le soumette de plein droit à la loi française (Trib. Seine, 10 août 1893, *Clunet*, 1894, p. 348 ; Cour d'appel de Paris, 2 juillet 1896, *Clunet*, 1898, p. 1107). D'après M. Morand le droit musulman et les coutumes indigènes s'appliquent aussi largement en France qu'en Algérie attendu que le sénatus consulte du 14 juillet 1865 ayant soumis l'indigène à la loi musulmane, « cette loi ainsi consacrée par un document législatif français, devient elle-même loi française applicable à une certaine catégorie de français » (*R. A.* 1894, 2, 138). D'après M. Weiss au contraire (*Traité* III, p. 425), un musulman déjà marié ne peut contracter en France un second mariage.

ici parler de véritable ordre public international puisque la loi musulmane n'est pas étrangère, c'est bien l'ordre public colonial qu'on invoque et ceci est un nouveau trait de sa plasticité.

Enfin on a remarqué que les cas où le juge refusait d'appliquer la loi étrangère au nom de l'ordre public allaient se raréfiant. C'est ce qu'on a appelé la réduction progressive de la notion d'ordre public¹⁰. Une longue étude jurisprudentielle peut seule en apporter la preuve, mais l'on peut tenir le fait pour acquis. Or on peut affirmer, pensons-nous, sans témérité que la notion d'ordre public colonial suit plutôt une marche inverse et se fait plus envahissante. En effet ses interventions, nous le verrons se sont multipliées, les résultats s'en sont affermis au point de former une jurisprudence définitive et d'être enfin consacrés par des textes ou au moins de figurer dans des projets de Code.

On donne de la régression des dispositions d'ordre public international la raison suivante : C'est l'opinion que professe le juge d'un pays sur les principes de législation de l'autre pays qui l'amène à refuser l'application de ces principes au nom de l'ordre public. Or si les relations se développent entre les différents pays, les dispositions qui semblaient choquantes deviennent familières à l'esprit du juge et partant plus acceptables dans le prétoire. Les mêmes causes produisent dans le conflit algérien des effets contraires. C'est parce que français et indigènes vivent côte à côte depuis longtemps que ces derniers en viennent à désirer un amendement de certaines coutumes. C'est parce que la conquête est vieille d'un siècle qu'une certaine unification paraît à la France plus désirable. De telle sorte que si éten-

10. Boissarie, *De la notion de l'ordre public*, Thèse, Paris, 1881. Martin, *Etudes*, p. 252 et suiv.

dre l'ordre public international serait élargir un fossé, étendre l'ordre public colonial, c'est au contraire en combler un¹¹.

Peut-on songer à énumérer les dispositions d'ordre public colonial ? On sait qu'il a fallu renoncer à cette entreprise pour celles d'ordre public international. S'il est impossible de déterminer quelles dispositions françaises nous tiennent trop à cœur pour être jamais sacrifiées, a fortiori sera-t-il impossible, si l'on accepte la notion *dynamique* de l'ordre public colonial¹², de décider une fois pour toutes quelles lois indigènes doivent cesser de recevoir application. Ce caractère d'évolution interdit toute liste définitive.

Telles apparaissent donc les caractéristiques des dispositions d'ordre public colonial : fonction dynamique, recherche d'une solution équitable et non remplacement par la loi française, territorialité très spéciale, tendance envahissante et impossibilité d'énumération limitative.

Avant d'examiner l'œuvre de l'ordre public colonial dans les conflits algériens, faut-il s'attarder à légitimer son existence ? Sans doute ne plaît-il pas beaucoup à certains jurisconsultes, et nous les verrons peu enclins à consentir à la jurisprudence une action prétorienne. Mais le recours à l'ordre public colonial s'est trop bien établi en jurisprudence pour avoir besoin d'une justification. Il répond à un besoin trop évident pour qu'on puisse lui refuser une action

11. Les termes mêmes de certains jugements sont significatifs. Aucun juge français appliquant la loi française ne se permettrait de la critiquer dans le dispositif même du jugement ; or voici un considérant d'un juge de paix d'Alger : « Attendu que *malheureusement* c'est un droit pour le mari de fixer un *lefdi* supérieur à la dot qu'il a versée, que cela est d'autant plus *regrettable* qu'il arrive que ledit mari fixe une somme tellement élevée qu'on peut être certain qu'elle ne lui sera jamais offerte.... » (Alger, Canton Nord, 17 oct. 1923, *R. A.*, 1922 - 1923, 2, 314. *Robe*, 1924, p. 59).

12. Cette formule est employée par M. Eliesco *op. cit.* p. 370 de même que celle-ci « un ordre juridique nouveau en gestation ».

souvent nécessaire, presque toujours utile. On ne conteste pas au juge métropolitain le droit de refuser l'application des règles étrangères au nom de l'ordre public. Si l'on tolère cette manifestation d'une différence de communauté juridique, à combien plus forte raison ne doit-on pas permettre au juge algérien d'invoquer l'ordre public colonial, puisque, nous l'avons dit, ce recours est un signe que la distance diminue et que la communauté s'accroît entre nos sujets et nous.

*
* *

Il faut maintenant montrer comment grâce aux dispositions d'ordre public colonial, les juges algériens ont pu se refuser à accepter certaines conséquences de la conservation des lois indigènes. Sans doute le mot d'ordre public n'est-il souvent pas prononcé ; nous verrons les habiletés employées par le juge pour se dispenser d'invoquer une raison de morale, d'équité, qui paraît moins juridique ; habiletés généralement percées à jour dans les recueils de jurisprudence par une note clairvoyante ; à moins que le contraire ne se produise : le juge ayant invoqué des raisons d'humanité, l'annotateur découvre des appuis textuels ou coutumiers qu'on aurait pu mettre en œuvre. Aussi bien ni le juge ni l'annotateur ne s'y trompe ; il faut être momentanément infidèle à la règle musulmane francisée et lui substituer malgré les décrets une disposition française ou plus souvent un aménagement simplement équitable. Or ceci est la définition même que nous avons donnée de l'ordre public colonial ; et c'est seulement, croyons-nous, par un semblable recours qu'on peut régler équitablement la situation du musulman converti.

Nous exposerons à propos de quelques institutions mu-

sulmanes la manière dont tribunaux et cours s'y sont pris pour réduire l'empire de la loi indigène. On nous excusera d'insister sur ce point ; mais il importe de montrer que le recours à l'ordre public colonial en faveur du converti n'a rien d'exorbitant ; ce recours est fréquent en jurisprudence algérienne et constitue une des caractéristiques de ce que nous avons appelé conflit colonial.

Une des atteintes les plus notables portées à la législation musulmane a été la suppression du droit de *djebr*. Ce n'est pas à dire que la pratique en ait disparu, mais on ne peut plus songer à l'invoquer devant un tribunal. Le droit de *djebr*¹³ permet au père ou à ses représentants de marier son enfant sans le consentement de celui-ci et même contre son gré jusqu'à un certain âge. La Cour d'Alger a longtemps considéré cette contrainte matrimoniale comme un des principes essentiels du mariage musulman¹⁴ et s'est refusée à y apporter aucune restriction ; puis poussée par des motifs d'humanité elle s'est, à partir de 1877, appliquée à la réduire.

Elle a d'abord invoqué, sans les citer, les docteurs hanéfites et malékites d'après lesquels ce serait au juge de ratifier ou d'infirmer le consentement paternel en cas de dissentiment entre la fille et le père. Ces docteurs ne sont pas cités et M. Larcher déclare ne voir dans les principes juridiques invoqués « rien de musulman »¹⁵. Mais c'est surtout le moyen tiré de la différence des rites sur lequel il insiste d'insister. C'est un arrêt du 9 avril 1884¹⁶ qui a mis en œuvre cet ingénieux procédé d'exégèse juridique, à

13. Sautayra et Cherbonneau I, n° 11 et suiv. - Zeys *Traité élémentaire de Droit musulman* I, n° 5. - Hanoteau et Letourneux, II, p. 150.

14. Larcher, *Traité*, II, p. 443, cite plusieurs arrêts.

15. Larcher, *Traité*, II, p. 445.

16. *Robe*, 1884, p. 175, cité Larcher, *Traité*, II, p. 146.

fin non dissimulée de tourner la loi : « Il n'appartient pas aux tribunaux français de refuser au père de famille le droit de contrainte matrimoniale ; ce droit tout exorbitant qu'il est, étant un des principes fondamentaux de la loi musulmane ; mais rien n'interdit au juge d'appliquer aux litiges qui lui sont soumis les règles de telle école sunnite de préférence aux règles de telle autre. En effet il appartient dans un grand nombre de cas aux parties elles mêmes d'adopter dans le règlement de leurs intérêts civils des solutions admises par un des quatre imans tenus pour orthodoxes, alors même qu'elles se rattacheraient au point de vue religieux à une école différente. Les tribunaux peuvent à fortiori user de cette même faculté dans l'intérêt supérieur de la justice. Or l'école hanéfite ne fait aucune différence entre les enfants des deux sexes, elle leur reconnaît le droit absolu de ne contracter mariage que de leur plein consentement, dès qu'ils ont atteint la puberté ».

Que vaut cet argument tiré de la divergence des rites ? M. Larcher assure que si les musulmans peuvent pour un acte déterminé se référer à tel ou tel rite orthodoxe, semblable faculté ne leur appartient pas en matière de statut personnel¹⁷. Ceci est peut-être trop sévère. M. Gaudefroy-Demombynes écrit en effet : « Il est même possible de suivre dans un cas déterminé les règles d'un rite auquel on n'appartient point. Un malékite par exemple pourra en contractant mariage déclarer qu'il se conformera aux règles du droit hanéfite en ce qui concerne les conséquences juridiques du mariage, mais à la condition qu'il en accepte toutes les décisions, qu'elles lui soient ou non favorables¹⁸ ».

17. Ceci d'après le décret du 17 avril 1889, art. 4.

18. M. Gaudefroy-Demombynes (*Institutions musulmanes*, Paris, 1921, p. 47). De même M. Arminjon commentant l'arrêt de la Cour d'Alger (*Clunet*, 1912, p. 708), considère la solution comme acceptable d'après la citation

Quoiqu'il en soit du droit des parties, s'il leur est permis de se référer à tel ou tel rite, il ne s'ensuit pas que pareille option soit ouverte aux tribunaux. Aussi bien n'est-ce là qu'un prétexte ; la Cour dans un arrêt postérieur ne l'a pas caché, en se fondant uniquement pour rejeter le droit de *djebr* sur des considérations de morale : « on ne saurait raisonnablement valider un mariage conclu dans des conditions aussi contraires au droit paternel sainement entendu et à la morale la plus vulgaire¹⁹ ».

Ce choix arbitraire entre les rites, dans le but de corriger la loi musulmane a même été étendu aux matières kabyles. Un jugement récent du juge de paix de Constantine²⁰ accordant le divorce à une femme kabyle, bien que la coutume n'autorise pas celle-ci à le demander, déclarait : « Attendu que malgré le maintien de la législation contumière spéciale aux kabyles, et notamment de celle analysée ci-dessus, dont il est superflu de souligner le caractère barbare parce que primitive, le juge français a néanmoins la faculté de donner dans certains cas la préférence, non pas comme on l'a dit à la loi française, mais bien à la loi coranique dont l'application éventuelle aux kabyles est rationnelle puisque, ils ont adopté la religion islamique... » La doctrine, là encore a élevé des objections : « Il n'est nullement certain, dit M. Morand dans la note, que le juge français ait le droit en matière kabyle, et parce que les kabyles sont musulmans, de donner dans certains cas la préférence à la loi coranique et

suivante tirée de Abdur Rahm. *Principles of mohammedan jurisprudence* (p. 180) : « Quand une question est du domaine de la déduction juridique, un cadi qui appartient à une école juridique sunnite, soit un hanéfite, peut la régler conformément à la loi chaféite s'il préfère sa solution ou remettre le procès au jugement d'un cadi chaféite.. »

19. Alger, 15 avril 1885, R. A. 1886, 2, 309.

20. J. de Paix de Constantine, 7 mars 1923, R. A. 1922-23, 2, 312. La faculté d'option pour le kabyle paraît s'étendre de plus en plus, cf., Ch. de Rév. 29 mai 1926, R. A. 1927, 2, 132.

d'écarter la coutume. Il est même très contestable que le kabyle ait, ainsi que l'a affirmé la Cour d'Alger (19 juin 1920 R.A. 1922-1923. 2. 136) le droit, parce que musulman, de faire abandon de sa coutume pour se placer sous l'empire du Coran... D'autre part, n'est-ce pas ouvrir la porte à l'arbitraire que d'autoriser le juge à modifier la coutume toutes les fois que l'équité et l'humanité l'exigent. Il n'en reste pas moins vrai que les décisions ci-dessus sont très équitables, profondément humaines et qu'on ne peut que souhaiter qu'elles marquent le point de départ d'une évolution dans les mœurs kabyles ». On saisit sur le vif dans cette note les idées régulièrement émises par les annotateurs de pareils jugements : fragilité des arguments mis en avant par les juges, dangers de cette activité prétorienne du pouvoir judiciaire, mais hommage rendu au résultat obtenu. C'est dire à la fois la nécessité et le danger d'un recours à l'ordre public colonial

D'ailleurs la doctrine en vient à admettre comme normal ce recours à un rite différent pour des considérations morales. « La jurisprudence a posé en principe, dit M. Morand, que le juge a le droit dans l'intérêt supérieur de la justice, de faire aux musulmans malékites l'application des dispositions du rite hanéfite²¹ ». On comprendra quel champ très large est ainsi laissé à l'initiative du juge qui peut choisir les règles à appliquer dans différents rites et coutumes, si l'on réfléchit à la complexité du droit musulman et à la difficulté qu'il y a à le connaître. L'auteur, qui sans doute le connaît le mieux à l'heure actuelle et dont les livres font

21. M. Morand cite Sidi Bel Abbès, 10 mai 1892, R. A. 1892, 2, 201 ; Constantine, 5 mars 1904, *Robe*, 1904, p. 39 ; Alger, 4 février 1908, *Journal des Tribunaux algériens*, 22 mars 1908.

autorité, n'a pas craint d'écrire par deux fois cette phrase un peu désabusée ; « En Algérie, en matière de droit musulman, tout peut être plaidé et tout peut être jugé ».

En fait d'ailleurs, c'est par une habile combinaison des règles de différents rites que l'Avant Projet de Code Musulman réforme le droit indigène en vigueur. En particulier en généralisant les règles du rite hanéfite, et par conséquent en les imposant aux malékites, on arrive à supprimer le mariage des impubères²³.

*
* *

D'autres subterfuges, le mot n'est pas trop fort, sont encore employés par la jurisprudence pour parvenir à amender des coutumes jugées immorales. En Kabylie par exemple où les coutumes indigènes continuent à régir les contrats, et permettent la plus criante usure, on a pu affirmer²⁴ que les jugements de juge de paix sanctionnant des contrats usuraires ne pouvaient recevoir application, ne pouvant être opposés au ministère public, chargé par la formule exécutoire d'assurer leur mise à exécution. M. Larcher critique avec raison cette décision ; mais lui-même semble faire assez bon marché de la loi musulmane quand il ajoute : « En pays arabe l'usure peut être réprimée puisque le droit musulman

22. Morand, *Introduction à l'étude du droit musulman*, p. 121. - Même remarque avec preuves à l'appui dans *Avant-projet de Code*, préface, p. 2.

23. Larcher, *Traité*, II, p. 454. - Morand, *Avant-projet de Code*, art. 3, p. 21, note. Voici les diverses raisons invoquées par M. Morand pour interdire le mariage des impubères : 1° le but du mariage d'après le Prophète : la procréation ; 2° le droit musulman a toléré plus qu'autorisé le mariage des impubères ; 3° tous les rites admettent que la consommation ne peut se faire qu'après la puberté ; 4° le mariage est interdit par le rite hanéfite avant la puberté, « or l'école hanéfite est une école orthodoxe et les malékites peuvent sans cesser d'être de bons musulmans se soumettre à l'observation des règles qu'elle édicte » 5° c'est le seul moyen d'empêcher la consommation avant la puberté.

24. Tizi Ouzou, 3 juin 1910, *R. A.* 1913, 2, 335 ; Larcher, *Traité* III, p. 421.

n'admet pas le prêt à intérêt quel que soit le taux ». Ce qui est dire très clairement : on n'appliquera pas cette prescription désuète de la loi coranique, mais on s'en servira pour réduire par ce biais un intérêt jugé usuraire.

On ne peut qu'admirer de même l'ingéniosité de M. Larcher quand il s'agit de trouver des appuis textuels même les plus fragiles à une solution que commande seulement mais impérieusement l'équité. Faut-il, par exemple considérer comme justiciables des tribunaux musulmans des chrétiens maronites sujets ottomans²⁵ ? : « A considérer le résultat pratique, il serait plutôt regrettable que des chrétiens d'Orient fussent justiciables de la juridiction indigène tunisienne qui a essentiellement un caractère musulman. Il serait fort à craindre qu'ils ne trouvassent point chez leurs juges toute l'impartialité désirable ». Et M. Larcher suggère qu'on pourrait peut-être considérer les Syriens comme des Européens « la question du caractère européen ou extra-européen de l'empire turc mériterait le plus attentif examen ».

Le refus par le juge d'appliquer la loi musulmane ou la coutume kabyle, dans des cas où les décrets l'imposent pourtant, s'est encore manifesté en d'autres circonstances et a su employer d'autres habiles moyens. La jurisprudence par exemple s'abrite derrière certaines circulaires gubernatoriales qu'elle a même parfois qualifiées d'arrêtés²⁶.

Un exemple excellent de tout ce travail d'amendement est donné par l'évolution qu'a subie le statut de la femme

25. Juge de Paix de Tunis, Canton Nord, 12 oct. 1911, R. A. 1912, 2, 166. Le juge s'est déclaré compétent ; les chrétiens maronites ne pouvaient, dit-il être assignés devant la juridiction française.

26. Par exemple : Arrêt Alger, 19 juin 1865 *Journal de Jurisprudence algérienne*, 1865, p. 37. Une note de M. Larcher (*Traité* III, p. 450) relève l'inexactitude du considérant de la Cour et conteste à un arrêté du Gouverneur le pouvoir d'édicter la nullité d'une disposition de droit musulman conservée par les décrets. Nous avons cité plus haut également la circulaire de M. Viollette assimilant, malgré leur âge les métis d'El Goléa à des enfants trouvés.

kabyle. On y voit à l'œuvre et les circulaires du Gouverneur général, et les juges de paix, et la Cour d'Alger pour réduire un ensemble de coutumes immorales. Cette évolution a été résumée dans le rapport de M. Duchêne président de la sous-commission de la commission instituée par arrêté du Gouverneur Général [Steeg en date du 6 février 1925 pour l'amélioration de la condition de la femme kabyle²⁷.

Le 22 mai 1902 la section kabyle de la délégation financière avait émis le vœu que cessât d'être sanctionnée une règle coutumière admise dans certains villages de la commune mixte d'Azeffoun, en vertu de laquelle la veuve au décès du mari passait aux héritiers avec les autres biens de la succession²⁸; la veuve était dite « pendue à son mort ». Une circulaire du Gouverneur Général en date du 13 juillet 1903 donne satisfaction à ce vœu²⁹.

Antérieurement à cette date et depuis de façon constante les juges de paix en cas de répudiation avec rançon³⁰ ramènent le montant de cette rançon à celui de la dot versée par le mari, c'est à dire que la jurisprudence s'évertue à supprimer le principe de cette coutume et paraît en train d'y réussir

En 1922³¹ la Cour d'appel d'Alger statuant en chambre de révision a consacré le droit pour la femme kabyle maltraitée par son mari de demander le divorce devant les tri-

27. Ses travaux ont été publiés dans la *Revue des Etudes Islamiques*, 1926. Cette Commission a siégé entre le 12 mars 1925 et le 19 janvier 1926.

28. Morand, *Cours de droit musulman*, p. 37; Hacoun-Campredon, *op. cit.*

29. Estoublon, Suppl. 1902 - 03, p. 220. M. Larcher voit une atteinte aux décrets de 1874 et de 1889 dans cette « prétendue abrogation d'une coutume déplorable sans nul doute ».

30. C'est le *lefdi* dont il a été question plus haut.

31. M. Duchêne (*Loc. citato*), écrit 1921. Nous croyons qu'il s'agit de l'arrêt du 18 novembre 1922, *R. A.*, 1922-23, 2, 81; *Robe*, 1923, p. 72.

bunaux. Depuis d'autres femmes abandonnées par leur mari ont demandé de ce chef et obtenu le divorce que la coutume kabyle leur refuse.

*
* *

Divergence de rites, évolution de la coutume, circulaires gubernatoriales, retour à une plus pure orthodoxie musulmane, interprétation d'un littéralisme presque retors, sont mis en œuvre pour permettre au juge de ne pas appliquer une loi musulmane certaine, appliquée déjà par d'autres juges français, mais qui répugne à l'équité et à la morale. D'autres jugements invoquent sans ambages les principes « d'humanité » « d'ordre public », « d'intérêt social », « de morale », même de « droit naturel ».

Tel est le cas de deux jugements rendus à Fort-National³² par un juge de paix M. Gaston Ricci, aujourd'hui député. La coutume kabyle qui permet si facilement au mari de répudier sa femme et même, nous l'avons vu, de mettre sur la tête de celle-ci une rançon ou *lefdi* parfois exorbitante, ne reconnaît d'autre part à la femme que le droit d'insurrection (*thamenafek't*), c'est à dire le droit de quitter le domicile conjugal, mais jamais le droit de demander la rupture du lien conjugal³³. Or ces deux jugements admettent la femme kabyle à réclamer le divorce « attendu qu'il est plus conforme à la morale et aux idées de la civilisation française d'amener progressivement les indigènes à adopter nos lois ». De même le tribunal de Tizi Ouzou : « Attendu que s'il im-

32. 11 janvier 1899, *R. A.*, 1899, 2, 521 ; 16 juin 1902, *Suppl. au Journal des Tribunaux algériens*, 3^e trimestre, p. 120.

33. La Cour d'Alger a encore refusé pour cette raison le divorce à une femme kabyle le 26 juin 1917 (*R. A.* 1918, 2, 44). Sur le mariage kabyle, l'insurrection etc.... cf, Hanoteau et Letourneux, II, p. 176 ; Maunier, *Rapport présenté à la Commission interministérielle des affaires musulmanes*, 1925, dans « Mélanges de sociologie nord-africaine », p. 114.

porte de concilier avec les exigences de la vie sociale la permanence de certaines coutumes, encore faut-il qu'elles ne soient pas trop en opposition avec les principes les plus élémentaires de l'humanité... attendu qu'en fait comme en droit, plusieurs coutumes kabyles ont depuis la conquête évolué sous des influences multiples, que notamment et contrairement à la coutume on n'a pas reconnu à l'assassin à gages le droit de demander en justice paiement de son salaire, au mari le droit de châtier sa femme jusqu'à la mort exclusivement. Attendu en dernière analyse que les coutumes ne peuvent et doivent être respectées qu'autant qu'elles ne heurtent pas trop les principes généralement admis comme étant d'ordre public et d'intérêt social. Attendu qu'on ne saurait contraindre une épouse, même kabyle, à subir une union odieuse et source permanente de danger pour son existence, qu'il y a lieu de faire droit à l'appel incident de Ait Messaoud Ghenima bent Mohand, que décider autrement serait contraire aux principes les plus élémentaires de l'humanité³⁴.... »

Même langage dans un arrêt de la Cour d'Alger à propos du habous kabyle. Après avoir longtemps refusé sur la foi de Hanoteau et Letourneux (II p.341) de reconnaître l'exis-

34. Tizi Ouzou, 26 avril 1922, *R. A.*, 1923, 2, 81. M. Morand ajoute d'ailleurs en note que l'arrêt d'Alger sur pourvoi (18 nov. 1922, *Robe*, 1923, p. 72) s'appuie surtout sur l'évolution de la coutume et non plus sur l'intérêt supérieur de la justice ou des considérants d'humanité et échappe ainsi à toute critique. (Nous avons cité cet arrêt plus haut, p. 57). L'arrêt de 1922 en matière de divorce kabyle semble appelé à faire jurisprudence, cf. *Fort National*, 18 février 1925, *Robe* 1925, p. 95 ; et 10 oct. 1925, *Robe*, 1926, p. 94. Il n'est que juste d'ajouter que les juges mènent cette évolution avec beaucoup de prudence. Ainsi d'autres jugements ont refusé d'étendre cette faculté de divorce attribuée à la femme kabyle à des hypothèses voisines de celles qui avaient motivé l'arrêt de 1922. Un arrêt du 29 juin 1925 (*R. A.* 1927, 2, 48) se refuse à consacrer « une dérogation par trop subversive à l'esprit de la coutume kabyle ». Dans le même sens cf. Ch. de Rév. 26 février 1927, *R. A.*, 1930, 2, 115 ; et Alger, 1^o Ch. 17 juillet 1922, *Robe*, 1926, p. 181. On voit donc que l'on n'a pas à redouter l'arbitraire du juge en s'engageant dans cette voie.

tence des habous en Kabylie³⁵, la Cour d'Alger pour des raisons d'humanité leur accorde maintenant large place : « Attendu que les divergences profondes qui existent soit dans la doctrine soit dans la jurisprudence autorisent la Cour à se montrer très large dans l'appréciation de ce qui peut ou de ce qui ne peut pas faire partie du habous dans le rite hanéfite ; qu'il ne faut pas perdre de vue que le habous est de plus en plus employé en Kabylie pour corriger la barbarie des coutumes kabyles qui deshéritent à peu près complètement la femme, qu'une raison d'humanité doit donc pousser les tribunaux français à le considérer comme valable toutes les fois que, comme dans l'espèce, les modalités de sa constitution ne violent pas d'une façon indiscutable la loi musulmane³⁶ ». Enfin un autre arrêt de la même Cour va jusqu'à poser en principe général : « ... le droit coutumier étant révisable quand il se montre trop contraire au droit naturel³⁷ ».

On voit d'après ces quelques exemples que se vérifient les caractères assignés plus haut à l'ordre public colonial : le juge l'invoque non pas seulement pour substituer la loi française à la loi subordonnée, comme il la substitue à la loi étrangère quand il invoque l'ordre public international.

35. Par exemple, Tizi Ouzou, 21 mars 1913, *Robe* 1913, p. 72 et 26 oct 1916, *Robe*, 1917, p. 70.

36. Alger, Ch. de Rév. 11 juin 1921, *R. A.* 1922-1923, 2, 187, cité aussi encore inédit en 1921, par Hacoun Campredon, *op. cité.* p. 125.

37. Alger, Ch. de Rév. 11 juin 1919, *Robe*, 1920, p. 50 - Un jugement de Constantine (21 déc. 1903, *R.A.* 1905, 2, 62) va même jusqu'à dire : « Le principe *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus* est un axiome de droit naturel qui s'impose aussi bien en droit musulman que dans toutes les autres législations ». Et un juge de paix d'Alger (Canton Nord, 17 oct. 1923, *R. A.* 1922-1923, 2, 314. - *Robe*, 1924, p. 59) : « Attendu qu'en semblable alternative (remariage de la femme, si on réduit le lefdi, ou prostitution si le lefdi est maintenu et le mariage rendu par là impossible) il importe que le juge français et cela dans un but d'équité, d'humanité et de moralité, prenne le droit de réduire le lefdi excessif et permette ainsi à la femme de reprendre dans la vie le rôle naturel pour lequel elle a été créée. »

Le juge procède à un travail beaucoup plus délicat d'amendement de la coutume. Dans le cas du divorce accordé à la femme kabyle par exemple, ce n'est ni la coutume qui a été appliquée puisque celle-ci ne reconnaît à la femme que le droit d'insurrection, ni la loi française puisque le juge ne s'est référé à aucune des causes de divorce prévue par l'art. 231. En outre l'ordre public colonial loin de se réduire comme l'ordre public international semble, au contraire se faire envahissant au point de modifier la loi musulmane ou la coutume.

*
* *

Tel est donc sous ces formes variées et parfois dissimulées, ce recours à l'ordre public colonial, assez fréquent dans la jurisprudence algérienne, impatiemment toléré par la doctrine qui en avoue pourtant les heureux effets, et qu'il faut invoquer, pensons-nous, pour donner une solution équitable au problème posé par la conversion de l'indigène musulman non naturalisé.

Cette solution n'est point nouvelle et la jurisprudence y a déjà fait appel. On connaît les différents conflits que suscite la conversion de l'indigène non naturalisé : conflits de lois et de juridictions, conflits au sujet du lien matrimonial, des tutelles et des successions. C'est à propos d'une succession que la Cour d'Alger, dans une espèce ancienne il est vrai, a cru pouvoir pour des raisons d'équité écarter la loi coranique. Il s'agissait de la succession d'une indigène musulmane ; la fille de celle-ci, convertie au catholicisme et devenue de nationalité italienne par son mariage, se voyait opposer la disposition d'après laquelle un non musulman ne peut hériter d'un musulman. Les considérants de l'arrêt sont les suivants : « Considérant qu'on ne saurait opposer à l'ap-

pelante sa nationalité italienne qui ne la rend pas inhabile à succéder en France, qu'on ne saurait davantage lui objecter la profession qu'elle a faite de la foi catholique ; Considérant que si certains docteurs ont enseigné que l'abandon de la religion mahométane devait exclure des successions musulmanes, cette doctrine n'a pu être acceptée qu'à des époques et dans des contrées où tous les citoyens professaient la même religion et quand il n'existait pas de droit public en dehors de cette religion même ; qu'actuellement les habitants de l'Algérie se répartissent en diverses religions, que le droit constitutionnel français est établi sur des bases purement civiles et qu'il garantit à chacun la liberté de conscience et l'égalité des cultes, que toute infraction à ces principes doit être prévenue comme contraire à l'ordre public et que la perte des droits héréditaires serait une entreprise contre la liberté des croyances, qu'aucune déchéance, aucune incapacité ne peut donc plus aujourd'hui résulter de l'abandon ou de la profession d'un certain culte ; que si l'appelante n'a plus ni la nationalité ni la religion qu'avait sa mère, elle n'en est pas moins rattachée à la succession musulmane de celle-ci par une vocation personnelle et par un lien de droit naturel³⁸.

Cet arrêt est resté longtemps isolé. Il a d'ailleurs été fort critiqué. C'est là, dit M. Luciani « tendre à créer un droit nouveau fondé sur des considérations d'ordre très élevé sans doute mais qui est très différent du droit musulman » ; reproches que MM. Larcher et Mary reprennent à leur compte. Nous avons cité dans la première partie l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 mai 1905 refusant à un fils naturel converti la succession de sa mère restée musulmane.

38. 5 avril 1876, *Robe*. 1877, p. 66.

Mais plus récemment un arrêt du 30 juin 1919³⁹ s'est ralié à l'ancienne jurisprudence et pour des considérations d'ordre public colonial a refusé d'exclure d'une succession musulmane deux jeunes filles indigènes converties. L'arrêt très détaillé est à citer en entier :

« Attendu qu'à la date du 25 mars 1911 le nommé Moussa Adda ould Ennabi, indigène musulman algérien non naturalisé a contracté mariage avec une femme chrétienne, la demoiselle Léonie Dumont, devant l'officier de l'état civil français à Voh (Nouvelle Calédonie), lieu où ledit Moussa avait été transporté. Attendu qu'aucun contrat de mariage n'a précédé cette union ; Attendu que Moussa Adda étant rentré en Algérie dans son pays d'origine, commune de l'Hillil canton de Relizane, département d'Oran, est décédé à l'Hillil le 24 janvier 1915 à la survivance de sa veuve et de ses deux filles mineures Alice Sadika et Léonie Fathma nées la première en Nouvelle Calédonie et la deuxième à l'Hillil, et toutes deux baptisées par le curé de l'Hillil le 28 novembre 1913 ; Attendu que Moussa Ennabi père du *de cuius* et grand père des deux mineures susnommées, a prétendu que la succession de son fils devait être dévolue selon les règles établies par la loi musulmane et que ses deux petites filles devaient en être exclues parce que non musulmanes.

Attendu que le tribunal civil de Mostaganem, saisi de la difficulté, a par jugement contradictoire du 19 janvier 1916, dont est appel, décidé que cette succession serait partagée et liquidée suivant les dispositions de la loi française, à l'exclusion du demandeur Moussa Ennabi ; Attendu que dans un mariage entre indigène musulman non naturalisé et une chrétienne française, chacun conserve en prin-

39. *Robe*, 1921, p. 39.

cipe son statut personnel ; Attendu qu'en cas de conflit entre les deux statuts, c'est le statut de la femme qui doit l'emporter pour la raison concluante de droit public que les lois générales et fondamentales de la France doivent prévaloir sur les lois et coutumes du peuple annexé.

Attendu que l'appelant s'incline dans une certaine mesure devant cette raison de droit public, puisqu'il consent à ce que la veuve de Moussa Adda soit admise à participer à la succession de feu son mari, comme commune en biens à défaut de contrat de mariage et dans les conditions prévues par la loi française pour le partage et la liquidation de la communauté légale.

Attendu qu'il prétend en exclure les deux jeunes filles Alice Sadika et Léonie Fathma, pour le motif déjà indiqué à savoir qu'elles sont chrétiennes ; Attendu que si aux termes de la loi musulmane, un chrétien, c'est à dire un non musulman, un infidèle, ne peut pas succéder à un musulman, cette prohibition est inapplicable en Algérie ; Attendu que si dans un esprit de tolérance et en exécution de l'engagement pris lors de la capitulation d'Alger, la législation française a autorisé la dévolution des successions musulmanes suivant les règles de la loi coranique, c'est seulement dans le cas où les ayants droit de la succession sont tous musulmans (cf. art. 7 loi du 25 juillet 1873, décrets du 10 septembre 1886 et 17 avril 1889). Attendu que l'application de la loi musulmane qui exclut l'infidèle et notamment le chrétien de la succession d'un indigène musulman d'Algérie conduirait à ce résultat manifestement injuste d'écarter des successions musulmanes tout individu non musulman qui pourrait y prétendre, alors que cette exception n'atteindrait pas par voie de réciprocité les musulmans ayant des droits à la succession d'un non musulman français ou chrétien.

Attendu que ce serait là une soumission de la loi française à la loi musulmane, une atteinte grave à la liberté de conscience garantie à chacun par notre droit public ; Attendu en conséquence que les deux filles de Moussa Adda ne peuvent pas être écartées de sa succession parce que non musulmanes ; Attendu, en ce qui concerne la question de savoir comment doit être partagée cette succession, qu'en conformité de la prépotence de la loi française sur la loi musulmane au cas de conflit entre les deux statuts, c'est la loi française qui doit être appliquée lorsque parmi les ayants droit figure un non musulman, un chrétien par exemple ; Attendu qu'on peut objecter il est vrai que les filles de Moussa Adda nées d'une française et d'un indigène non naturalisé ne sont pas françaises, mais attendu que cette objection d'ailleurs indiscutable ne s'oppose pas à ce que les enfants issus d'un légitime mariage puissent réclamer pour l'exercice de leurs droits héréditaires dans la succession de leur père l'application des dispositions de la loi française ; Attendu au surplus qu'en faisant baptiser ses deux filles, leur père Moussa Adda a manifesté l'intention non équivoque de les soumettre au statut personnel français et non de les frapper d'exhérédation, ce qui serait une criante injustice. Par ces motifs reçoit l'appel, confirme purement et simplement le jugement déferé ».

Ce dispositif touffu doit être analysé. Nous y relevons d'abord l'expression de conflit de lois, deux fois employée comme nous même avons cru pouvoir le faire et qui marque bien le véritable caractère du litige. La Cour ensuite se permet d'affirmer gratuitement que la dévolution des successions musulmanes n'est régie par le droit coranique que lorsque tous les ayants cause sont musulmans ce qui n'est nullement indiqué par la lettre des décrets, et alors que la

même Cour a appliqué autrefois un principe tout contraire⁴⁰ en refusant à deux israélites sœurs d'un converti à l'Islam la succession de leur frère, et quand la Cour de Cassation plus récemment a dénié à un converti tout droit à la succession de sa mère naturelle restée musulmane. De même l'argument tiré de ce que l'appelant a consenti à ce que sa belle fille, comme commune en biens, fut admise au partage de la communauté légale, semble avoir bien peu de valeur, puisque le mariage était certainement régi par la loi française, et qu'il ne pouvait y avoir d'hésitation qu'à propos du droit de succession des deux filles. Enfin l'argument que les lois de France doivent prévaloir sur celles du peuple annexé n'est guère concluant, puisqu'au contraire la France a délibérément conservé la loi annexée.

Mais l'argument déterminant est tiré de l'injustice qu'il y aurait à statuer autrement, du respect de la liberté de conscience, en un mot de ce que nous avons appelé l'ordre public colonial. Il est intéressant de noter aussi que la Cour a pu rapprocher le baptême d'une option générale de statut, mais option pratiquée par le père au nom de ses filles. Ce caractère qui la différencie de l'option prévue par les décrets montre bien que ce n'est pas à cette institution que le juge a entendu se référer ; la Cour a voulu seulement accumuler les raisons diverses d'équité pour lesquelles elle se permet d'être infidèle à la règle musulmane malgré la lettre des textes.

40. Cf. *supra* chap. I, notes 20 et 21. On peut s'étonner aussi que la Cour semble ignorer la règle musulmane, formelle pourtant, par laquelle le mahométan lui non plus n'hérite pas du converti, et que grâce à cette méconnaissance elle argue de l'absence de réciprocité.

*
* *

Sans doute ces deux arrêts ne représentent-ils que des précédents jurisprudentiels modestes ; mais venant à la suite des autres recours à l'ordre public colonial que nous avons cités, ils suffisent pourtant à montrer qu'invoquer cette notion pour résoudre le cas de l'indigène converti n'a rien d'exorbitant et qu'il ne s'agit pas d'une exception inouïe en faveur du *m'tourni*. On ne s'étonnera pas du petit nombre des solutions jurisprudentielles algériennes si l'on songe au petit nombre des convertis et parmi eux des naturalisés. Nous avons dit aussi que bien souvent leurs anciens coreligionnaires n'osent pas profiter de façon tracassière de tous les droits que la loi ou la coutume leur permettrait d'exercer. Si l'on y ajoute que bien des faits, de contrainte matrimoniale par exemple, peuvent se produire sans qu'il soit fait aucun appel aux tribunaux, que bien des difficultés se règlent par la transaction ou l'arbitrage, on se gardera de conclure du petit nombre des litiges à l'inexistence du conflit.

Le même conflit s'est présenté d'ailleurs dans d'autres colonies françaises, et il a été plusieurs fois résolu dans le sens que nous indiquons. Un arrêt de la Cour d'appel d'Indo-Chine du 12 août 1910. confirmé par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 octobre de la même année, a jugé qu'un fils de musulman et de chrétienne pouvait hériter de sa mère malgré la disposition coranique « considérant que ce serait faire échec aux lois d'ordre public que d'admettre en territoire français, même pour un étranger une cause d'indignité tirée de la religion professée par sa mère⁴¹ ». De même l'indignité successorale frappante

41. R. A., 1912, 2, 61. M. Morand dans la note sous cet arrêt se refuse à voir là une indignité. Quoiqu'il en soit il reste que la Cour a bien prétendu écarter une disposition musulmane au nom de l'ordre public, et c'est ce qui nous intéresse ici.

l'héritier qui a renoncé à l'Islam ne peut être invoquée si cet héritier est devenu citoyen français, la loi française n'admettant pas d'indignité pour cause de croyance religieuse⁴². Là aussi il y a dérogation au principe de la conservation du statut personnel, puisque normalement la succession eût dû être dévolue selon la loi du *de cuius* musulman.

Un exemple intéressant d'un cas assez proche se rencontre dans un pays de mandat. Le 27 novembre 1929 le tribunal des conflits des Territoires syriens sous mandat français avait à trancher le cas suivant. Un grec catholique Fayad Abdallah Fayad avait été condamné par le tribunal épiscopal, compétent d'après la loi du pays, à payer à sa femme Mariam une pension mensuelle de 10 livres syriennes (200 francs). Fayad embrassa la religion musulmane trois ans après et refusa de payer la pension, prétendant ne pouvoir plus y être obligé que par les tribunaux musulmans. Le tribunal des conflits n'admit pas cette prétention qu'une conversion à l'Islam libérât le converti de tous ses engagements antérieurs « Si nous supposons, dit-il que la prétention de l'avocat du mari est conforme au Code ottoman avant la transformation des pays en Etats sous mandat français, cette prétention est devenue nulle et non avenue dans l'état actuel des choses basé sur le principe de l'égalité des sectes religieuses⁴³ ».

*
* *

La solution que nous préconisons a donc déjà été invoquée dans des hypothèses nombreuses où nulle question religieuse n'était intéressée et seulement dans un but de

42. Cité dans Solus, *La condition des Indigènes en Droit privé* : Cass. Req. 10 février 1913 ; Dareste, 1913, 3. 140 - Un autre arrêt (Cass. Req. 22 mai 1905, *Dar.* 1905, 3, 180), refuse d'invoquer l'ordre public si le converti est resté indigène.

43. Cité dans *Al Bachir*, journal catholique de Beyrouth, 19 déc. 1929

justice et d'humanité ; en outre elle a déjà servi à résoudre le conflit particulier du musulman converti, en Algérie et dans d'autres colonies aussi. Cette solution, à la différence des autres que nous n'avons pas cru pouvoir retenir, est donc possible. Si elle est désirable, pas n'est besoin de le démontrer. Maintenir un indigène chrétien sous l'empire d'une loi religieuse toute différente, le faire juger par d'anciens coréligionnaires qui ne voient en lui qu'un apostat, a quelques chose d'odieux. D'autre part si un indigène se rallie par la conversion à une foi qui a si profondément marqué son empreinte sur l'Europe pendant quinze siècles, il se rapproche de nous, il abjure la haine toujours latente du croyant pour le roumi, notre intérêt bien évident n'est-il pas de l'y encourager ?

*
* *

Il reste pourtant à préciser la portée qu'on peut donner à cette règle de l'ordre public colonial. En effet, nous l'avons dit, invoquer cette exception ce n'est pas adopter la loi française au lieu et place de la loi musulmane ou de la coutume, solution très simple, mais c'est amender dans la mesure qui paraît convenable au juge cette coutume ou cette loi. Faut-il considérer que par sa conversion, en vertu de l'ordre public colonial, le converti devient justiciable de la loi française, ou se contenter d'écarter la loi musulmane quand elle se montre incompatible avec la nouvelle croyance, et dans ce dernier cas par quoi peut-on songer à la remplacer ?

Plusieurs thèses se trouvent en présence. M. Larchers s'appuyant sur la lettre des décrets et le sens du terme indigène musulman - argument qui nous a semblé insuffisant - voulait soumettre complètement le converti à la loi française. M. Mary arguant de l'idée de faveur - que nous avons criti-

quée aussi - le soumettait à la loi française mais le laissait régir par les dispositions pénales spéciales aux indigènes. M. Solus⁴⁴ préconise une solution plus élastique : l'indigène serait régi par son ancien statut dans tout ce qui ne serait pas contraire à sa nouvelle croyance. Si l'analyse que nous avons donnée de l'ordre public colonial est exacte, le juge pourrait avoir à choisir entre ces trois solutions.

Celle de M. Mary ne nous paraît pas défendable. M. Larcher lui objectait déjà en 1910⁴⁵ « Comment M. Mary n'a-t-il pas vu que déférer un *m'tourni* à la Cour criminelle ou aux tribunaux répressifs, ce serait le livrer à de bon musulmans qui n'ayant pour lui que haine et mépris ne pourraient être des juges impartiaux ». Le but ne serait donc pas atteint.

La solution proposée par M. Solus s'explique bien quand il s'agit des indigènes d'Afrique Occidentale ou Equatoriale française vivant d'une vie très éloignée de la nôtre et uniquement régis par leurs antiques coutumes. On ne peut songer à leur appliquer la loi française. Reste à leur conserver leurs coutumes en les expurgeant de tout ce qui serait contraire à la croyance nouvelle. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Cercle de Bamako avait admis l'existence d'un statut catholique, d'une coutume catholique, différente de la coutume indigène fétichiste et de la loi française ; il refusait le divorce à deux indigènes de religion catholique parce que « la coutume catholique n'admettait pas le divorce ». La Chambre d'homologation de l'Afrique Occidentale Française n'a pas cru devoir se rallier à cette conception et a annulé le jugement en déclarant que

44. Solus, *Condit. des indig.*, pp. 157, 158.

45. R. A., 1910, I, 156.

le statut catholique n'existait pas⁴⁶. Pourtant si le décret du 16 août 1912 réglant la justice en A.O.F. n'avait prévu que le statut musulman et le statut non musulman, celui du 22 mars 1924 qui l'avait remplacé, portait, intentionnellement sans doute, « toutes les coutumes ».

De même le décret du 29 avril 1927 concernant l'Afrique Equatoriale Française disposait que les assesseurs indigènes étaient choisis sur une liste « composée de façon à permettre à tous les groupements ethniques et religieux présentant une certaine importance, établis à demeure dans la subdivision d'être représentés⁴⁷ ». Ces assesseurs étaient chargés de témoigner de la coutume catholique. Il est vrai qu'un décret postérieur⁴⁸ a supprimé ces mots « et religieux », source paraît-il de difficultés ; mais ce qui intéresse notre sujet, c'est qu'on ait pu envisager la formation d'une sorte de droit intermédiaire applicable aux convertis.

M. Solus va même jusqu'à proposer le droit canon pour régir ces communautés d'indigènes chrétiens⁴⁹. Quoiqu'il en soit de cette solution, qui se heurte évidemment à mille objections, il faut reconnaître que cette évolution de l'indigène qu'est la conversion pose un problème très difficile et qui n'admet plus les solutions statiques des débuts de la colonisation.

Mais en Algérie, où nombre de convertis sont naturali-

46. Cour d'appel d'A.O.F., 13 nov. 1924, *Penant*, 1925, I, 101.

47. Décret du 29 avril 1927, art. 7.

48. Décret du 18 janv. 1930.

49. Solus, *Condit. des Indig.*, p. 157. Cette solution a été adoptée parfois en Tunisie « pour des sujets autrichiens que le gouvernement d'Empire avant la guerre avait cessé de reconnaître et qui étaient ainsi devenus des sujets du bey de Tunis. Dans ce cas c'est le tribunal de l'Officialité qui a eu à s'occuper de ces successions suivant les règles canoniques, comme il s'occupe plus fréquemment de la validité des mariages. La même compétence lui serait attribuée à l'égard des sujets beylicaux, musulmans ou israélites convertis au catholicisme ». Darmon, *La situation des cultes en Tunisie*, p. 123.

sés, et où les conditions de la vie dans les agglomérations chrétiennes se rapprochent beaucoup des nôtres, il est certainement tout indiqué d'appliquer aux convertis le statut français. Ils ne seraient donc plus justiciables du cadi ni d'aucun tribunal musulman, leur statut personnel et leurs successions seraient réglés par la loi française, ils ne pourraient s'adresser qu'à l'officier de l'état civil français. On aurait ainsi obtenu par le recours à l'ordre public colonial une solution qui nous paraît juridiquement inattaquable et satisfaisant l'équité.

Sans doute des objections peuvent être proposées. La doctrine, nous l'avons vu, accueille difficilement ce recours à l'ordre public, notion mobile et fugace de sa nature, On objecte non sans quelque raison, qu'avec l'aide de ce moyen, on pourrait arriver à supprimer toute la législation conservée par les décrets. Volontiers conclurait-on avec un auteur que nous avons cité plus haut : « la meilleure jurisprudence serait celle qui parlerait le moins souvent de l'ordre public et essaierait d'oublier cette vague et dangereuse formule⁵⁰ ».

Il faut reconnaître que cette formule laisse une impression de gêne : par l'impuissance où l'on est à la préciser, par la crainte qu'on peut ressentir de son pouvoir d'envahissement. Nous croyons avoir montré qu'il était de la nature même de cette notion dynamique d'échapper aux énumérations limitatives et définitives. On doit donc se résigner, pensons-nous, à ce caractère de spontanéité qui est celui des choses vivantes, plus inquiétant peut-être pour l'esprit que celui d'un texte mort et figé, mais imposé par les contingences où se meut le Droit Colonial.

50. Boissarie, *De la notion de l'ordre public*, p. 237.

Aussi bien doit-on avouer que la jurisprudence algérienne n'a pas abusé de ce moyen. Et si nous avons cru devoir admettre que c'est seulement en invoquant l'ordre public colonial qu'on pourrait régler équitablement la situation de l'indigène converti, nous n'avons accepté cette conclusion qu'après avoir examiné tous les autres arguments qu'on pouvait tenter de faire valoir.

Il ne faut pas en effet s'abuser sur les vertus de la jurisprudence. Elle a bien pu, et avec quelle lenteur, apporter quelques adoucissements à la dure situation de la femme kabyle, souvent par contre elle a plutôt aggravé des dispositions musulmanes. En 1912 sous un jugement de Mostaganem nuisible aux intérêts des pupilles et rendu contre le droit musulman lui-même, M. Morand écrivait : « Cette décision montre ce que vaut l'affirmation de certains adversaires de la codification du droit musulman algérien, touchant l'action bienfaisante de la jurisprudence sur l'évolution des lois et coutumes qui régissent [les indigènes⁵¹], et la même année à propos d'un jugement de Bougie dispensant de dommages intérêts un mari qui avait répudié sa femme au mépris de garanties expresses : « démenti aux adversaires de la codification du droit musulman qui vantent l'action bienfaisante de la jurisprudence sur l'évolution du droit musulman algérien. Cette décision n'autorise-t-elle pas à affirmer qu'il est des juges français qui se montrent plus musulmans que les musulmans eux-mêmes⁵² ».

Aussi, pensons-nous, que ce recours à l'ordre public co-

51. Mostaganem, 6 juillet 1912, R. A. 1912, 2, 340.

52. Bougie, 22 nov. 1912, R. A., 1912, 2, 182. La jurisprudence algérienne n'a pas réussi à supprimer le mariage des impubères. La Chambre de Révision s'est refusée à porter atteinte à la loi musulmane sur ce point : 29 et 15 juin 1927, R. A. 1930, 2, 47. Cette pratique est pourtant interdite déjà en Turquie, en Egypte et en Afghanistan (*cf.* note sous l'arrêt). La loi sur les fiançailles que nous citons plus bas ne s'applique qu'à la Kabylie.

lonial pour arracher le converti au statut musulman ne doit être qu'une étape. L'ordre public colonial est une notion dynamique, nous avons noté son caractère envahissant, mais à mesure que son domaine s'agrandit en avant par un empiètement graduel sur des coutumes jugées immorales, ce domaine se rétrécit en arrière, les anciennes conquêtes de l'ordre public venant à être sanctionnées par des lois ou des décrets. Tel est le cas par exemple pour le mariage des impubères contre lequel la jurisprudence a longtemps lutté et que vient de rendre impossible, théoriquement tout au moins, une loi récente sur les fiançailles en Kabylie⁵³. De même aussi aura vécu la contrainte matrimoniale ou *djebr*, refoulée déjà au nom de l'ordre public, le jour où les dispositions du « Code Morand » auront reçu force de loi. De même enfin si un décret intervenait permettant une naturalisation ou une option générale pour cause de conversion au christianisme, viendrait-il consolider une position acquise par le recours à l'ordre public colonial.

Nous pensons donc qu'il y a quelque chose de spécieux à prétendre que l'action jurisprudentielle éloigne l'intervention législative. C'est l'opinion de M. Larcher à propos du *djebr* quand il reproche aux tribunaux d'imiter le prêteur romain : « Si, dit-il, la Cour avait maintenu le droit de *djebr* dans toute sa rigueur, les conséquences immorales profondément choquantes de ce droit eussent nécessité l'intervention du législateur ; une loi ou un décret aurait restreint l'application du statut musulman à la mesure où ce statut n'est point contraire à l'équité et à la morale. La cour en atténu-

53. Loi du 2 mai 1930, *J. O.*, 4 mai 1930.

ant par des procédés qui n'ont rien de juridique les inconvénients de la législation existante a empêché la nécessité de cette intervention de se faire sentir⁵⁴».

* * *

Une réglementation légale du statut de l'indigène converti serait sans doute facile. On peut l'envisager de trois manières.

On peut d'abord permettre par décret la naturalisation pour cause de conversion en employant une procédure analogue à celle prévue par la loi du 4 février 1919. Il suffit de prendre quelques garanties pour que la conversion puisse être présumée sincère.

Mais cette réglementation n'aurait que peu d'intérêt pratique. D'une part, les convertis remplissent généralement les conditions nécessaires pour être admis à la naturalisation de 1919 (savoir lire... être propriétaire etc...). D'autre part au contraire les conditions d'âge fixées par cette loi (25 ans) sont celles qui maintiennent dans l'impasse que nous avons signalée le jeune kabyle qui se marie à 18 ans devant le prêtre catholique, en se contentant d'une simple déclaration au *khodja* comme tout indigène non naturalisé, ou bien l'enfant qui ne peut être naturalisé, son père étant mort ou resté musulman. Nous pensons donc qu'il n'y a pas à s'arrêter à cette première solution.

* * *

Peut-être - et c'est la seconde solution - pourrait-on décréter que la conversion entraîne abandon du statut

54. Larcher, *Traité*, II, p. 448. D'autres auteurs félicitent la Cour d'Alger de « créer une sorte de droit prétorien musulman » (Mérignhac, *Traité de Législation et d'économie coloniale*, p. 510).

musulman. Mais ceci se heurte à la difficulté déjà signalée de qualifier et de constater la conversion.

Il serait sans doute meilleur d'admettre le converti à une option expresse et générale, impossible actuellement, par laquelle il déclarerait renoncer au statut indigène et qui lui ferait acquérir les droits civils - non politiques, bien entendu - de citoyen français. Une pareille option a été quelque temps pratiquée à Madagascar, jusqu'à un jugement du tribunal de Tannanarive du 14 mai 1898, à une époque où la naturalisation, n'était pas ouverte aux malgaches⁵⁵. De la sorte la procédure et les garanties, nécessaires pour une naturalisation cesseraient de l'être pour cette simple renonciation qui ne confère point de droits politiques. Les formalités seraient donc brèves, simples et peu coûteuses. Cette option générale serait ouverte aux femmes qui ne peuvent invoquer la loi du 4 février 1919, et on pourrait y être admis dès l'âge de la nubilité. La renonciation du père et de la veuve au statut musulman entraînerait celle des enfants non nubiles. Le décret stipulerait en outre que non seulement les droits civils français seraient acquis au converti par cette renonciation, mais qu'aucune indignité successorale ne pourrait être alléguée pour l'écarter dans la dévolution d'une succession de parent musulman.

Telle est à peu près la solution proposée par M. le Doyen Morand à la Commission Interministérielle des Affaires Musulmanes dans un projet de décret rédigé à la demande de cette Commission et que M. Morand a bien voulu nous permettre de reproduire.

Le mot d'option générale n'est pas prononcé, mais une

55. Solus, *Condit. des Indigènes*, p. 149.

demande d'admission au bénéfice du statut personnel français, ne comportant que la jouissance des droits civils et non des droits politiques, n'est pas autre chose qu'une option générale réglementée.

Voici le texte de cet avant-projet de décret :

Projet de décret sur l'attribution du statut personnel français aux indigènes musulmans convertis au christianisme en Algérie et dans les colonies.

Art. 1. — L'indigène musulman âgé de 21 ans qui désire bénéficier du présent décret doit adresser au juge de paix ou à l'autorité qui le remplace une demande en deux exemplaires et y joindre les pièces suivantes :

- 1^o son acte de naissance, ou à défaut un acte de notoriété dressé sur l'attestation de 4 témoins par le juge de paix ou le cadi du lieu de la résidence,
- 2^o les pièces attestant sa conversion au christianisme,
- 3^o un extrait de son casier judiciaire,
- 4^o un acte de naissance de ses enfants mineurs, ou les actes de notoriété en tenant lieu.

Le greffier de la justice de paix lui délivre un récépissé de sa demande.

Art. 2. — Dans le mois qui suit l'enregistrement de la demande au greffe de la justice de paix, le juge de paix convoque le postulant, vérifie s'il est âgé de 21 ans, s'il rapporte la preuve de sa conversion et si les circonstances dans lesquelles cette conversion s'est produite ne sont pas de nature à la rendre suspecte. Il fait ensuite connaître les résultats de cet examen à l'intéressé, au maire ou à l'administrateur de la commune de sa résidence, et au Procureur de la République qui dans le délai de quinze jours en accusent réception et présentent les observations qu'ils

jugent utiles. Le dossier complet est transmis sans délai au greffier du Tribunal Civil de l'arrondissement, et avis en est donné au Procureur de la République.

Art. 3. — Si le postulant est domicilié en France, en Algérie ou dans une autre colonie française, il adressera sa demande au Juge de paix dont relève sa commune d'origine ou à l'autorité qui le remplace. Celui-ci pourra donner commission rogatoire à tout Juge de paix ou à l'autorité française qui le remplace pour procéder aux formalités d'examen.

Art. 4. — Si dans le délai de deux mois à dater de l'enregistrement de la demande au greffe du Tribunal Civil, il ne se produit aucune opposition du Procureur de la République en conformité de l'art. 5 du présent décret, le Tribunal de première instance à la première audience publique déclare que le postulant remplit les conditions fixées par le décret et est admis à jouir du statut personnel français. Mention de cette déclaration sera faite en marge de l'acte de naissance et de l'acte de mariage du postulant.

Si le postulant n'est pas inscrit sur les registres des actes de l'état-civil, semblable mention sera portée sur l'acte de notoriété établi conformément à l'art. 1^{er}. Cet acte de notoriété suppléant l'acte de naissance ou l'acte de mariage sera déposé au greffe du Tribunal de première instance et au secrétariat de la mairie.

Art. 5. — En cas d'opposition par le Procureur de la République, notifiée dans les délais prévus par simple lettre au greffier du tribunal, le tribunal examinera si l'opposition est fondée soit sur le défaut d'âge, soit sur ce que la conversion au christianisme n'est pas établie, soit sur ce qu'elle est intervenue dans des circonstances sus-

pectes. En audience publique dans le délai d'un mois il recevra l'opposition ou en donnera mainlevée. Dans ce dernier cas il déclare que le postulant est admis à jouir du statut personnel français.

Art. 6. — Le pourvoi en cassation est ouvert contre la décision du tribunal de première instance, soit au Procureur de la République, soit à l'intéressé. Il sera suspensif. Le pourvoi sera introduit et jugé dans les formes et conditions prévues par le décret du 2 février 1852 et par la loi du 6 février 1924. Les notifications du pourvoi seront faites au Procureur de la République ou par lui.

Art. 7. — L'admission au bénéfice du statut personnel français ne comporte pas l'attribution des droits politiques. Ses effets sont strictement limités à la jouissance des droits civils français et à la soumission du converti, tant au point de vue pénal que civil, à la justice française.

L'acquisition du statut personnel français est définitive et ne saurait être influencée par un retour à l'Islam.

Art. 8. — La femme de l'indigène admis au bénéfice du statut personnel français peut demander à suivre la nouvelle condition de son mari sans avoir à justifier de sa conversion au christianisme.

Les enfants mineurs suivent la condition de leur père.

Art. 9. — Les actes judiciaires seront dispensés de timbre et enregistrés sans frais. Les extraits des actes de l'état-civil seront délivrés gratuitement sur papier libre aux intéressés et au juge de paix ; ils porteront en tête de leur texte l'énonciation de leur destination spéciale et ne pourront servir à aucun autre usage.

Ce texte semble appeler trois observations :

1° L'âge d'admission au bénéfice de ce décret pourrait peut-être être abaissé à 18 ans, âge normal du mariage pour le jeune chrétien kabyle.

2° Un article pourrait prévoir qu'une veuve chrétienne serait admise à invoquer le bénéfice de ce décret, et que ses enfants mineurs suivraient sa condition.

3° Le chrétien admis ainsi à la jouissance des droits civils français ne pourrait en aucun cas être écarté de la succession d'un parent musulman, à cause de sa religion.

Un texte est donc nécessaire pour régler la situation incertaine du musulman converti. L'ordre public colonial apporte la seule solution possible actuellement ; mais qui demeure une solution transitoire. Nous pensons que ce texte est désirable.

CONCLUSION

Nous voici au terme d'une longue argumentation qui forme toute l'armature de ce livre. Nous croyons utile, au risque de nous répéter, de la retracer en quelques lignes. La situation de l'indigène musulman converti que nous avons essayé de décrire est un fait non prévu par le législateur, et cette omission entraîne des conséquences regrettables et une pratique judiciaire incohérente (Chap.1). Les arguments mis en avant pour soustraire le converti au statut musulman nous ont paru, tels qu'ils ont été présentés jusqu'ici, impuissants à légitimer une solution qui paraît désirable (Chap.II). En plaçant la question sur son véritable terrain, celui du droit intersystématique, et en examinant à ce point de vue les conséquences du défaut de communauté juridique entre les deux lois en présence (Chap.111), il nous a paru que seul un recours à l'ordre public colonial pouvait permettre de faire régir le converti par le statut français, recours transitoire seulement et préparant une intervention du législateur (Chap. IV). Il semble que l'on pourrait s'arrêter là, en souhaitant seulement que cette intervention fût proche.

Pourtant de l'existence et de la solution de ce cas très particulier, il y a peut-être d'autres conclusions à tirer, qui dépassent l'aménagement d'une difficulté aussi réduite et intéressent tout le droit colonial. Le problème né de la con-

version de l'indigène musulman n'est qu'un des aspects de ce *clash* juridique dont nous parlions plus haut et qui se produit entre les deux lois du colonisé et du colonisateur. La solution que nous avons cru devoir lui donner et qui fait appel à des institutions caractéristiques du Droit colonial, amène à quelques remarques sur le contact des deux lois.

En effet par ce recours à l'ordre public colonial que nous avons montré fréquent et de plus en plus renouvelé, la jurisprudence algérienne joue, croyons-nous, un rôle de source du droit qu'on ne peut attribuer à la jurisprudence métropolitaine. Ce problème de technique juridique amène tout naturellement à en poser un second. Si l'interprétation juridique s'incline dans un sens déterminé, si l'évolution, œuvre de la jurisprudence, affecte une direction nette, n'est-ce pas par comparaison et rapprochement avec un idéal juridique que le juge considère comme seul rationnel et universel ? En d'autres termes l'évolution du droit indigène ne pose-t-elle pas comme en un cas privilégié la question du fondement du droit ?

Tels sont les deux points qu'en terminant nous voudrions seulement indiquer brièvement.

*
* *

C'est un fait acquis maintenant, surtout depuis les belles études de M. Géný, que la loi écrite ne fournit pas à l'interprète toutes les solutions requises par la pratique. Entre les besoins tout concrets de la vie juridique, complexes, variés et fuyants, et la rigidité du texte légal, l'intermédiaire de l'interprète du droit est nécessaire. Comme l'on dit, la formule ne couvre pas tous les divers cas litigieux qui peuvent surgir. On en conclut qu'à la loi écrite il faut ajouter d'autres sources du droit, comme la coutume. Mais on refuse le plus

souvent à la jurisprudence elle-même le caractère de source. Elle n'aurait d'influence qu'indirectement en contribuant à la formation des coutumes dont elle se trouverait être le « point de départ », « le déterminant essentiel », le « propulseur¹ ».

En Algérie, nous l'avons dit, la part a été faite maigre à la coutume puisque les juges français ont pris pour base de leurs décisions des ouvrages anciens de droit musulman, tel que le Précis de Khalil, bien que la coutume eût avant la conquête apporté déjà bien des modifications à ces dispositions antiques ; de telle sorte que l'on a trop souvent appliqué le « droit malékite » au lieu du « droit des malékites ». Par contre la jurisprudence a eu une influence qui permet pensons-nous de l'assimiler en Algérie à une source du droit.

C'est précisément par le recours à l'ordre public colonial qu'elle a rempli et remplit encore ce rôle. En effet si l'on suppose une matière où le droit indigène est conservé par les décrets, et où il existe un usage ayant les caractères matériels et formels qui en règle générale font une coutume obligatoire, si la jurisprudence se refuse à sanctionner cet usage au nom de l'ordre public, il semble certain qu'elle lui enlève par là même toute force obligatoire et par cette action abrogative joue vraiment le rôle de source de droit. Quant la jurisprudence par exemple « contrairement à la coutume n'a pas reconnu à l'assassin à gages le droit de demander en justice paiement de son salaire, ni au mari le droit de châtier sa femme jusqu'à la mort exclusivement² », elle édictait vraiment une disposition différente de la loi

1. Gény, *Méthodes d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, pp. 425-436.

2. Tizi Ouzou, 26 avril 1922, *R. A.* 1923-2-81.

écrite puisqu'aucun décret n'est intervenu, et différente de la coutume puisque le sentiment général pendant longtemps encore a été à l'encontre de la règle posée par les juges.

On ne peut objecter qu'il s'agit, dans le cas des gages de l'assassin, seulement de la limite opposée toujours à la liberté des conventions, de n'être pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En effet la conservation par la France du droit musulman entraîne acceptation de règles légales considérées dans la métropole comme contraires aux bonnes mœurs ou même qualifiées de crimes comme la bigamie. Si donc le législateur a fait céder ces barrières qu'il considère ailleurs comme d'ordre public, la jurisprudence en les relevant partiellement malgré la coutume agit bien comme créatrice de droit.

Sans doute une jurisprudence de cette espèce arrive peu à peu à modifier la coutume. Celle qui par exemple admet graduellement le divorce demandé par la femme kabyle, introduira cet usage dans les tribus où peu à peu il revêtira les attributs juridiques d'une coutume obligatoire. Mais la jurisprudence aura été plus que le point de départ et que le propulseur elle aura agi en véritable source. De même la jurisprudence qui refuse d'exclure le converti d'une succession musulmane malgré les textes créerait, pensons-nous, à la longue une nouvelle règle de droit.

* * *

Mais de cette question de technique naît aussitôt un second problème. On pourrait imaginer un état de choses où la France n'eût en rien touché à la loi de ses nouveaux sujets et où colonisateurs et colonisés eussent vécu chacun suivant un idéal de civilisation différent, sans que nul ne songeât à

établir une hiérarchie de valeur entre ces deux conceptions des rapports humains. Telle a été, quelque temps au moins la conception du législateur ; la sécurité des personnes et des transactions assurées, les lois de police et de sûreté respectées, la fraction indigène et la fraction française de la population obéiront chacune à sa propre conception des droits de famille, quelque étranges ou blâmables que puissent paraître au français les usages indigènes. Mais on ne peut s'en tenir longtemps à cette conception théorique, et nous avons indiqué le travail d'amendement que la jurisprudence par le recours à l'ordre public colonial fait subir au droit indigène. La question se pose alors impérieuse : au nom de quel principe supérieur cet amendement est-il opéré ? quel est le sens et le but de l'évolution ébauchée ? existe-t-il donc une règle objective de droit à laquelle on puisse comparer le droit positif indigène, pour condamner telle pratique et tâcher de la supprimer ?

En effet ou bien le juge est convaincu que les deux systèmes de lois s'entreviennent, et il ne songera pas à amender l'un à la ressemblance de l'autre, ou bien il pense « qu'il existe à la base des institutions sociales un fond de vérité étranger et supérieur aux volontés et aux caprices des hommes qui domine et limite toute action dans la sphère du droit³ ».

Le Droit Colonial aurait pu paraître au premier abord la plus parfaite application du positivisme juridique. Le même législateur imposant impérativement des règles contradictoires semblait bien prouver qu'il n'est de droit que positif, et que « le Droit n'a pas d'existence réelle en dehors des formes changeantes sous lesquelles il apparaît⁴ ». Mais

3. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, II 420.

4. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*. *Annales de la Faculté d'Aix* 1918 n° 1.

dès que les circonstances le permettent, un travail spontané se produit dans la jurisprudence qui témoigne qu'elle ne peut se résigner à abandonner l'idée d'un ordre objectif des choses. Le maintien de la loi musulmane dans ce qui lui paraît choquer cet ordre, ne semble plus qu'une tolérance forcément transitoire qu'elle s'attache à réduire. L'idée que le droit est une notion téléologique⁵ qu'il suppose comme but un bien juridique à atteindre, n'a pas été obscurcie par la conservation quelque temps nécessaire des usages divergents. Quant ce statu quo cesse d'être indispensable, le droit français, ou plutôt la notion que celui-ci se fait du juste, tend à envahir le domaine du droit indigène, que les textes semblaient pourtant avoir définitivement soustrait à son influence.

Ce phénomène ne prouve sans doute pas le bien fondé de l'idée de droit objectif, mais il montre l'application constante de cette idée par le procédé que nous avons appelé le recours à l'ordre public colonial. Tout se passe comme si en fait le juge croyait à l'existence d'un droit naturel ; car on ne peut songer à donner pour raison de son action ni l'intérêt de la puissance colonisatrice, ni un absurde besoin d'uniformité.

D'ailleurs les justifications théoriques de la colonisation se réfèrent aussi à cette théorie. Quant on parle de porter aux peuples arriérés les bienfaits de la civilisation, cela signifie qu'il existe des ordres juridiques préférables à d'autres ; et, par ce terme, à dessein très général, il faut entendre non pas seulement une organisation économique et administrative, la sécurité des personnes et des transactions,

5. Le Fur, *Un définition synthétique de l'idée de Droit*. *Revue de Synthèse*, nov 1930.

une police en un mot ; mais aussi une organisation des rapports de famille, et de tout ce qui constitue le statut personnel.

Nul ne songe - cela est trop clair - à verser dans l'illusion de l'assimilation rapide, intégrale, à tout prix ; mais il est certain que si coloniser c'est porter à un autre peuple un idéal de civilisation, c'est par conséquent lui donner non seulement des ports, des routes et des gendarmes, mais aussi un idéal juridique, et un idéal juridique complet embrassant par conséquent le droit de famille.

Cette ultime conséquence, on l'esquive d'ordinaire dans les déclarations publiques, et pour des raisons souvent excellentes d'ailleurs ; on l'esquive parmi les sociologues soucieux bien souvent de « vider le mot civilisation des idées normatives qu'il contient dans le langage ordinaire²⁶ ». Mais le juge colonial, lui, français appliquant la loi indigène, se donne souvent en fait la mission de corriger cette dernière. On le lui reproche parfois, nous l'avons vu, ou au contraire on fonde des espoirs exagérés sur cette action jurisprudentielle. Il est certainement désirable qu'elle soit suivie pas à pas par des textes qui la sanctionnent.

Le recours à l'ordre public colonial nous paraît donc montrer que la jurisprudence algérienne peut être considérée comme une source de droit, et en même temps qu'admettre ce recours c'est s'accommoder difficilement d'une philosophie du droit purement positive. Ces deux brèves remarques nous ont paru utiles à signaler en terminant, après l'étude de l'ordre public colonial à laquelle nous menait l'hypothèse de la conversion du musulman non naturalisé. Elles

6. 1^o *Semaine internationale de synthèse. Fascicule II. La civilisation, le mot et l'idée*. Réponse de Henri Berr à M. Doumer, qui eût voulu qu'on définit la civilisation que « nous prétendons apporter aux peuples que nous colonisons ».

montrent, pensons-nous, que le Droit colonial, loin d'être une sèche compilation d'innombrables décrets, pose au contraire à propos du contact des deux lois en présence, de très intéressants problèmes.

Vu, le Doyen,
BERTÉLEMY

Vu, le Président de la Thèse,
Louis ROLLAND

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

Table des Matières

BIBLIOGRAPHIE	1
INTRODUCTION	3
CHAPITRE PREMIER. — La situation actuelle du musulman converti — Naturalisation. — Droits politiques et droits civils. — L'option. — La conversion et la dévolution des successions indigènes. — Le converti et le droit pénal spécial indigène. Les métis.....	9
CHAPITRE II. — Conversion et naturalisation. — Le critère religieux. — Le sens du terme, indigène musulman. — L'option générale et tacite. — La conversion, renonciation à une faveur. — Coutume nouvelle. — Appliquer la loi musulmane c'est la violer	26
CHAPITRE III. — Conflits de lois. — Le doute du juge. — Conflits internationaux et non internationaux. — Systèmes juridiques. — Le conflit colonial algérien et ses caractéristiques. — Le conflit né de la conversion. — Essai de solution générale. — Renvoi et qualifications	62
CHAPITRE IV. — L'ordre public colonial. — Ses caractères. — Ses manifestations dans la jurisprudence algérienne. — Recours à cette solution pour régler le cas de l'indigène converti. — Caractère transitoire de cette solution. — Réglementations légales possibles.....	103
CONCLUSION.....	145

IMPRIMERIE SPÉCIALE
— DE LABEURS —

F. BOISSEAU
34, rue du Taur TOULOUSE

